موسوعة القضاء الإدارى

دكتور
خميس السيد إسماعيل
أستاذ القانون العام
والمحامى بالنقض والإدارية العليا

الأصول العامة والتطبيقية العملية
للعقود الإدارية والتعويضات

مع القواعد القانونية وأحكام المحكمة الإدارية العليا
وفتاوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع
بمجلس الدولة والأحكام الحديثة لمحكمة النقض

دار محمود للنشر والتوزيع
٩ شارع سامى البارودى - باب الخلق
ت : ٣٩١٨٠٤٥ - ٣٩٣٨٦١٨


الذهبية للتجليد
عبد المنعم الكومى وشركاه
٧ ش مخلوف بالدقى
ت : ٣٦٠٧٩٦٤

موسوعة القضاء الإداري

دكتور
خميس السيد إسماعيل
أستاذ القانون العام
والمحامي بالنقض والإدارية العليا

الأصول العامة والتطبيقية العملية
للعقود الإدارية والتعويضات

مع القواعد القانونية وأحكام المحكمة الإدارية العليا
وفتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع
بمجلس الدولة والأحكام الحديثة لمحكمة النقض

دار محمود للنشر والتوزيع
٩ شارع سامي البارودي - باب الخلق
ت: ٣٩١٨٠٤٥ - ٣٩٣٨٦١٨

«بسم اللــه الرحمــن الرحــيم»

﴿ إن الله يأمركم أن تـؤدوا الأمانات الى أهلها
وإذا حكمـتم بين النـاس أن تحكمـوا بالعدل ﴾

(صدق الله العظيم)

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

★ تصاعد الاهتمام فى وقتنا المعاصر بموضوع العقود الادارية والتعويضات المنبثقة عن المنازعات المتعلقة بها ، وذلك بعد أن بدأت سياسة الدولة تتجه الى نظام الاقتصاد الحر وتشجيع الاستثمار .

★ ومن هذا المنطلق أصبحت الدولة تعهد الى جمهرة كبيرة من مقاولى الاشغال العامة ورجال الأعمال فى تنفيذ الكثير من المهام التى كانت تقوم بها بواسطة العقود الادارية ، وقد نشأ عن التطبيق الكثير من المنازعات الادارية أن أصبحت فى حاجة الى الحلول القانونية المستقاة من آراء الفقه وأحكام القضاء .

★ ولهذا وجدنا من المفيد أن نسلط الضوء على بحث هذا الموضوع الكبير الأهمية ، مع التركيز على القواعد العملية المنبثقة عن أحكام القضاء الادارى ، وعن أحكام محكمة النقض المصرية التى يمكن الاستفادة بها فى منازعات العقود الادارية التى تثور بين جهة الادارة والمتعاقدين معها . وذلك فيما لا يتعارض مع طبيعة الدعوى الادارية .

★ ★ ★

★ وبادىء ذى بدء وجدنا من المفيد التعريف باختصاص القضاء الادارى بالفصل فى المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية وبينا ذلك على النحو التالى :

★ مدى اختصاص جهة القضاء الادارى بالفصل فى المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية :

★ لكى نتفهم هذا الاختصاص نجد لزاما علينا بيان اختصاص القضاء الادارى بمنازعات طلب الالغاء ووقف تنفيذ القرارات الادارية المشوبة بما يجعلها محل الطعن بالبطلان ، وبيان المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية وذلك على النحو التالى :

«أولا» : ان طلب الغاء القرار الادارى يصوب الى القرارات المشوبة بمخالفة القانون أو اساءة استعمال السلطة أو غير ذلك من الأسباب ، ويمكن أن يقترن طلب

الالغاء بطلب ايقاف القرار الادارى رشما بفصل فى طلب الالغاء متى توافرت شروط الايقاف كالاستعجال والجدية والمشروعية وأمر لا يمكن تداركه .

★ فطلب الايقاف يتطلب شرطين احدهما شرطا شكليا يتعلق بضرورة ابداء طلب ايقاف التنفيذ فى نفس صحيفة الطعن بالالغاء ، أى ضرورة اقتران طلب الايقاف بطلب الالغاء فى ذات الصحيفة اعمالا لنص المادة (٤٩) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ .

★ ومما تجدر الاشارة اليه أن طلب وقف التنفيذ لا يقبل الا بالنسبة للقرارات الادارية النهائية .

★ وهى تلك القرارات التى يمكن أن توجه اليها دعوى الالغاء .

★ أما الشرط الثانى فهو شرط موضوعى وهو الذى يتمثل فى ضرورة توافر حالة الاستعجال ، فضلا عن توافر المشروعية والجدية حسبما سبق بيانه بمؤلفنا «ايقاف والغاء القرارات الادارية» .

★ وتجدر الاشارة الى أن الحكم الصادر فى طلب وقف التنفيذ يعتبر حكما قطعيا ويحوز حجية الشىء المقضى ولو أنه مؤقت ، وذلك طالما لم تتغير الظروف والملابسات ، كما يحوز حكم الايقاف الحجية لما فصلت فيه المحكمة من مسائل فرعية ، كالبت فى الدفوع بعدم الاختصاص ، أو بعدم القبول أو بعدم نهائية القرار ، فلا يجوز عند نظر طلب الالغاء اعادة الفصل فى هذه المسائل من جديد .

★ «ثانيا» : اختصاص جهة القضاء الادارى بالفصل فى المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية :

★ غنى عن البيان أن اختصاص جهة القضاء الادارى بالفصل فى المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية اختصاص شامل مطلق لأصل تلك المنازعات وما يتفرع عنها ، فما دامت مختصة بنظر الأصل فهى مختصة بنظر الفرع أى الطلب المستعجل ، كل مافى الأمر أن المحكمة تفصل فى الطلب المستعجل المتفرع عن العقد الادارى فى الحدود وبالضوابط المقررة للفصل فى الطلبات المستعجلة بأن تستظهر الأمور التى يخشى عليها من فوات الوقت أو النتائج التى يتعذر تداركها أو الضرر المحدق بالحق المطلوب المحافظة عليه ثم تستظهر بعد ذلك جدية الأسباب

أو عدم جديتها بالنسبة اليها فى ظاهرها - بيد أن الطلب المستعجل فى هذه الحالة لا يخلط بينه وبين طلب وقف التنفيذ لأنه ينبثق عن رابطة عقدية ويدخل فى منطقة العقد وتستنهض له ولاية القضاء .



منهاج البحث :

الموضوعات المتعلقة بالعقود الادارية والتعويضات متعددة ومشعبة ومتداخلة ، ولذلك اتجه منهاج بحثنا الى تبويبها بقدر الامكان فى أربعة عشر بابا تشتمل على فصول ومباحث يحتوى كل منها على المبادىء التطبيقية والعملية المستقاه من أحكام القضاء حسبما يتضح من مطالعة الفهرس التحليلى الوارد بنهاية هذا المؤلف ، فنظرة ثاقبة اليه يتضح أنه ليس فهرسا تقليديا ، بل هو موجز مبسط لكثير من الموضوعات التى يتناولها هذا المؤلف اذ أصبح بمثابة مرشدا للقارىء فى كل ما يتطلع الى معرفته من معلومات ، وقضايا تعرض له فى الحياة العملية من منازعات تعاقدية ، سواء ماتعلق منها بالعقد الادارى أو ما يتفرع عنه من القرارات القابلة للانفصال «Détachable» والتى يجوز الغاؤها ووقف تنفيذها ، أو من تعويضات مستحقة فى ظل النظريات المتعلقة بفعل الأمير أو المنبثقة عن الظروف الطارئة ، أو مما استحدثه القضاء الادارى من اجتهادات وفق ظروف الدعوى وملابساتها .



ولا يسعنا بعد هذه المقدمة الا أن نسجل ما عانيناه فى وضع هذا المؤلف الذى استغرق وضعه عدة سنوات نظرا لما يتسم به من صعوبة فى البحث والتحليل ، ولكن ذلك فى سبيل خدمة القانون والزملاء أمر يهون .

المؤلف

دكتور/ خميس السيد اسماعيل

المحامى بالنقض

مكتب حدائق المعادى عمارة برج

الحدائق رقم ٤ شارع ١٦٣

ت ٣٥١٩١١٧

البـــاب الأول

المعايير والأسس المحددة للعقد الادارى - وتعريفـه

الباب الأول

المعايير والأسس المحددة للعقد الادارى - وتعريفه مع بيان أهم العقود الادارية

الفصل الأول

المعايير والأسس المحددة للعقد الادارى - وتعريفه

★ تلجأ الادارة احيانا فى تسيير المرافق العامة ، وادارة المشروعات التى تتولى ادارتها عن طريق العقود ، وهذه العقود تخضع لنوعين متميزين من حيث التكييف القانونى والقضائى الذى تخضع له هذه العقود فهناك العقود العادية : والعقود الادارية .

فالعقود الادارية تدخل فى دائرة الاختصاص القضائى لمجلس الدولة ، بينما تسرى على العقود العادية أحكام القانون المدنى أو التجارى وتدخل المنازعات المتعلقة بها فى اختصاص القضاء العادى .

★ فبادىء ذى بدء نقرر أن كل عقد تبرمه الادارة ليس بالضرورة عقدا اداريا ، فالادارة تبرم عقودا ادارية ، وأخرى عادية ، ولكى يعتبر العقد اداريا ينبغى بصفة مبدئية أن تكون الادارة طرفا فيه ، أو تبرم لخدمة مرفق عام من المرافق الادارية ، ولكن هذا المعيار أصبح غير كاف ، نظرا لضرورة انطواء العقد الادارى على شروط استثنائية غير مألوفة فى عقود القانون الخاص .

★ وجدير بالاشارة الى أنه اذا كان العقد الادارى يختلف عن العقد المدنى اختلافا يسيرا محدودا فى مرحلة تكوينه وابرامه ، فأنه يتميز عنه تمايزا واضحا فى تنفيذه ، وفى الآثار المترتبة عليه ، وأخص أوجه التمايز ما تتمتع به الأشخاص العامة حين تلجأ الى أسلوب العقد الادارى من سلطات وامتيازات واسعة النطاق ، تقابلها قيود معينة فى بعض الأحيان ، مما لا نظير له فى العلاقات بين أطراف عقود القانون الخاص ، كما يترتب على ما يتميز به العقد الادارى من خصائص ، أن المنازعات الناشئة عنه يفصل فيها القضاء الادارى ، ويطبق مجلس الدولة بهيئة قضاء ادارى على تلك المنازعات القواعد الخاصة بنظام العقد الادارى ، وهى قواعد استثنائية

لا نظير لها فى قواعد القانون الخاص[1] . كما يختص مجلس الدولة بنظر المنازعات المنفصلة المستقلة عن العقد الادارى وذلك نظرا لطبيعة العقد الادارى المركبة[2] .

---

(١) كذلك يختص القضاء الادارى بالمنازعات المتعلقة بالقرارات التى تصدرها الجهة الادارية تنفيذا لعقد من العقود الادارية ، واستنادا الى نصوصه كالقرار الصادر بسحب العمل ممن تعاقد معها ، والقرار الصادر بمصادرة التأمين أو بالغاء العقد ، وسوف نعود إلى تفصيل ذلك فى المكان المناسب .

(راجع فى هذا الشأن حكم المحكمة الادارية العليا فى القضية رقم ٧٨٦ – س ١٨) .

(٢) أننا قد نختلف مع بعض الكتاب فى تأييدهم الانفصال المطلق بين قواعد القانون العام والخاص فى منازعات العقود الإدارية ، اذ يمكن الاستفادة من النصوص الواردة بالقانون المدنى . وذلك فيما لايتعارض مع النظام القضائى المتبع فى العقود الادارية ، وتأييدا لوجهة نظرنا نعرض نصوص القانون المدنى بالنسبة للعقد المتعلق بالتزام المرافق العامة ، لنثبت التشابه الواضح بين أحكام القانون المدنى وقواعد القانون الادارى وذلك على النحو التالى :

عقد التزام المرافق العامة فى ظل أحكام القانون المدنى رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ :

تنص المادة (٦٦٨) من القانون المدنى على مايلى :

« التزام المرافق العامة عقد الغرض منه ادارة مرفق عام ذى صفة اقتصادية ، ويكون هذا العقد بين جهة الادارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد اليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن .

وتنص المادة (٦٦٩) من القانون المدنى على مايلى :

ملتزم المرفق العام يتعهد بمقتضى العقد الذى يبرمه مع عميله بأن يؤدى لهذا العميل على الوجه المألوف ، الخدمات المقابلة للأجر الذى يقبضه وفقا للشروط المنصوص عليها فى عقد الالتزام وملحقاته ، وللشروط التى تقتضيها طبيعة العمل ويقتضيها ما ينظم هذا العمل من القوانين .

وتنص المادة (٦٧٠) من القانون المدنى على مايلى :

(١) اذا كان ملتزم المرفق محتكرا له احتكارا قانونيا أو فعليا ، وجب عليه أن يحقق المساواة التامة بين عملائه سواء فى الخدمات العامة أو فى تقاضى الأجور .

(٢) ولا تحول المساواة دون أن تكون هناك معاملة خاصة تنطوى على تخفيض الأجور أو الاعفاء منها ، على أن ينتفع بهذه المعاملة من يطلب ذلك ممن توافرت فيه شروط يعينها الملتزم بوجه عام . ولكن المساواة تحرم على الملتزم أن يمنح أحد عملائه ميزات يرفض منحها للآخرين .

(٣) وكل تمييز يمنح على خلاف ماتقضى به الفقرة السابقة يوجب على الملتزم أن يعوض الضرر الذى قد يصيب الغير من جراء مايترتب على هذا التمييز من اخلال بالتوازن الطبيعى فى المنافسة المشروعة .

وتنص المادة (٦٧١) من القانون المدنى على مايلى :

(١) يكون لتعريفات الأسعار التى قررتها السلطة العامة قوة القانون بالنسبة الى العقود التى يبرمها الملتزم مع عملائه فلا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على مايخالفها .

المعايير المحددة للعقد الادارى :

بادىء ذى بدء نجد من الأهمية البحث عن المعايير المحددة للعقد الادارى ، ونعرض هذه المعايير بشىء من الايجاز ، ومن أهمها مايلى :

(أ) المعيار العضوى أو الشكلى :

(ب) معيار الاختصاص .

(جـ) المعيار الموضوعى .

★ ونشير الى هذه المعايير فيما يلى :

١ – المعيار العضوى أو الشكلى :

فى ظل هذا المعيار يمكن القول بأن العقد اداريا اذا كان أحد طرفيه جهة ادارية ، ويلاحظ أن هذا المعيار اذا كان لازما من حيث وجود الجهة الادارية ، غير أنه غير

= (٢) ويجوز اعادة النظر فى هذه القوائم وتعديلها فاذا خلت الأسعار المعمول بها وصدق على التعديل ، سرت الأسعار الجديدة دون أثر رجعى من الوقت الذى عينه قرار التصديق لسريانها ، وما يكون جاريا وقت التعديل من اشتراكات فى المرفق العام يسرى عليه هذا التعديل من زيادة أو نقص فى الأجور وذلك فيما بقى من المدة بعد التاريخ المعين لسريان الأسعار الجديدة .

وتنص المادة (٦٧٢) من القانون المدنى على مايلى :

(١) كل انحراف أو غلط يقع عند تطبيق تعريفة الأسعار على العقود الفردية يكون قابلا للتصحيح .

(٢) فاذا وقع الانحراف أو الغلط ضد مصلحة العميل ، كان له الحق فى استرداد ما دفعه زيادة على الاسعار المقررة ، واذا وقع ضد مصلحة الملتزم بالمرفق العام ، كان له الحق فى استكمال ما نقص من الاسعار المقررة . ويكون باطلا كل اتفاق يخالف ذلك ، ويسقط الحق فى الحالين بانقضاء سنة من وقت قبض الاجور التى لا تتفق مع الأسعار المقررة .

وتنص المادة (٦٧٣) من القانون المدنى رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ على مايلى :

(١) على عملاء المرافق المتعلقة بتوزيع المياه والغاز والكهرباء والقوى المحركة وما شابه ذلك ، أن يتحملوا ما يلازم أدوات المرافق عادة من عطل أو خلل لمدة قصيرة ، كهذا الذى تقتضيه صيانة الأدوات التى يدار بها المرفق .

(٢) ولملتزمى هذه المرافق أن يدفعوا مسئوليتهم عما يصيب المرفق من عطل أو خلل يزيد على المألوف فى مدته أو فى جسامته ، اذا أثبتوا أن ذلك يرجع الى قوة قاهرة خارجة عن ادارة المرفق ، أو الى حادث مفاجىء ، وقع فى هذه الادارة دون أن يكون فى وسع أية ادارة يقظة غير مقترة أن تتوقع حصوله أو أن تدرأ نتائجه . ويعتبر الاضراب حادثا مفاجئا اذا استطاع الملتزم اقامة الدليل على أن وقوع الاضراب كان دون خطأ منه ، وأنه لم يكن فى وسعه أن يستبدل بالعمال المضربين غيرهم أو أن يتلافى نتيجة اضرابهم بأى وسيلة أخرى .

كاف نظرا لأن الادارة قد تعقد عقودا ادارية كما يمكن أن تعقد عقودا مدنيه عندما لا تستعمل وسائل القانون العام ، فلا يحتوى العقد على شروط استثنائية أو غير مألوفة فى العقود الخاصة .

٢ - معيار الاختصاص :

يتجه هذا المعيار الى اعتبار العقد اداريا إذا كان القانون ينص على اختصاص القضاء الادارى بالمنازعات التى تنشأ بصدده .

★ ومن ناحيتنا لا نسلم أيضا بكفاية هذا المعيار لأن العبرة بطبيعة العقد وبمدى استعمال الادارة لوسائل القانون العام ومدى أخذها بالشروط الاستثنائية التى تميز العقد الادارى عن غيره من العقود الخاصة .

٣ - المعيار الموضوعى :

يعتبر هذا المعيار من أهم المعايير ، وطبقا له يكون العقد اداريا اذا كان موضوعه وطبيعته تخضع لأحكام القانون الادارى بغض النظر عن شكله ، فطبيعة العقد الادارى تستمد من موضوعه وطبيعته الذاتية وتضمينه شروطا استثنائية لا مثيل لها في عقود القانون الخاص .

★ وجدير بالذكر أن العقد الذى تبرمه الادارة من أجل تسيير مرفق عام لا يكون اداريا فى جميع الأحوال الا اذا كان المتعاقدان قد اتبعا أسلوب القانون العام دون أسلوب القانون الخاص .

★ ومن أهم مايميز العقد الادارى طبقا لما سبق بيانه أن يكون متضمنا شروطا استثنائية تكون بمثابة المعيار الحقيقي والفعال فى تميز العقد الادارى ، ويلاحظ أنه ليست هناك نظرية متكاملة لتعريف الشروط الاستثنائية ، ولكن يمكن القول بأنها تلك الشروط غير المألوفة فى عقود القانون الخاص .

★ ويمكن للقضاء أن يتعرف على الشروط الاستثنائية من مجموعها وطبيعتها الذاتية ، وليس بلازم اعتبار العقد اداريا اذا نص فيه على اختصاص القضاء الادارى به ، طالما لم تتبين حقيقة الشروط التى يحتوى عليها ، فاذا كانت هذه الشروط التى يتضمنها العقد غير قاطعة فى الدلالة على أنها شروط استثنائية ، فلا يمكن اعمال النص المتعلق باختصاص القضاء الادارى بنظر المنازعة العقدية ، فالعبرة بطبيعة

العقد وليس بشكله . ومع كل نرى ترك هذه المسألة للتفسير القضائى طبقا لما يستشفه القاضى من الواقعات ، والمستندات ، وظروف الأحوال ، والملابسات .

★ ومن أهم صور الشروط الاستثنائية تلك النصوص التى تعطى للادارة امتيازات التنفيذ المباشر التى تباشرها الادارة بما لها من سلطة عامة ، ومن هذه الشروط تلك الشروط التى تعطى الادارة الحق فى اتخاذ الاجراءات التى تراها لازمة لحسن تنفيذ العقد بارادتها المنفردة ، ومثال ذلك حق الادارة فى توقيع الجزاءات على الطرف الآخر فى حالة اخلاله بالتزاماته التعاقدية .

ومن الشروط الاستثنائية أيضا تلك الشروط التى نجدها فى دفاتر الشروط التى تلزم الأفراد الذين يتقدمون فى المزايدات أو المناقصات بمجرد تقديم العطاء ، بينما لا تلزم الادارة إلا بعد ارساء المناقصة أو المزايدة ثم التصديق على القرار من الجهة المختصة .

ومن أهم الشروط الاستثنائية كذلك تلك الشروط التى تمنح المتعاقد مع الادارة سلطات إستثنائية فى مواجهة الغير مثل ما نراه فى عقود الالتزام ، حيث نجد الادارة تمنح الملتزم سلطة نزع الملكية لاقامة المنشآت اللازمة للمرفق موضوع الالتزام .

★ ★ ومجمل القول أن معيار الشروط الاستثنائية هو المعيار العملى لتمييز العقد الادارى عن غيره من عقود القانون الخاص . فالشرط الاستثنائى هو الذى يطبع العقد بطابعه الاستثنائى ، كما يمكن القول بصفة عامة أن الشروط الاستثنائية التى تنطوى على امتيازات السلطة العامة هى التى تقوم وحدها بدور المعيار الموضوعى فى تمييز العقد الادارى عن غيره من العقود الأخرى .

ومفاد ما تقدم وإن احتواء العقد على نصوص استثنائية تحتوى على عنصر السلطة العامة يعتبر المعيار العملى الذى يحدد بطريقة مباشرة الطبيعة الادارية للعقد الادارى .

وخلاصة القول أن الجمع بين الأهداف والوسائل هو مناط اختصاص القضاء الادارى فى شأن المنازعات التعاقدية ، فمن الثابت أن الادارة قد تظهر فى تصرفاتها التعاقدية مع الغير بمظهر السلطة العامة ، وذلك حين تضمن عقودها

هذه الطائفة الخاصة من الشروط الاستثنائية التى تبيح لها أن تجرى ما تراه لازما لمصلحة المرفق العام من تعديلات فى بنود العقد بارادتها المنفردة ، على غير ما تقضى به قواعد القانون الخاص التى تجعل العقد شريعة المتعاقدين . وهو ما يجعل من العقد اداريا بطبيعته يحكمه القانون الادارى وتخضع الادارة بسببه للقضاء الادارى .

أما اذا تجردت الادارة فى عقودها من مظاهر السلطة العامة فأبرمت هذه العقود على مقتضى أحكام القانون المدنى أو القانون التجارى فإنها تهبط بذلك الى مستوى الأفراد العاديين لتدور معهم فى فلك نظام قانونى ونظام قضائى عادى[1] .

تعليق :

★ جدير بالاحاطة أن العقد الادارى بمفهومه سالف الذكر لاينشىء ولا يتعدل إلا بإرادة صحيحة من جهة الادارة ، تصدر ممن يملك التعبير عن هذه الارادة ، وفى هذه الحالة يجوز بل يحق للادارة أن تعدل من شروط العقد الادارى فى نطاق المبادىء المتفق عليها ، والتى سنعود إلى ذكرها تفصيلا ومن أهمها نظرية الظروف الطارئة ، وفعل الأمير .

★ أما إذا لم تلتزم جهة الادارة بقواعد الاختصاص ، وقواعد المشروعية الشكلية والموضوعية ، فلا يحق لها إجراء التعديل – مثال ذلك إذا صدرت تعليمات التعديل من سلطة إدارية غير مختصة ، فإن التعديل لا ينتج أثرا قانونيا صحيحا[2] .

الأسس المميزة للعقد الادارى

بناء على ما سبق لنا إيضاحه فاننا نرى أن الأسس المميزه للعقد الادارى هى :

(١) أن تكون الادارة طرفا فى العقد .

(٢) أن يتصل العقد بنشاط مرفق عام من حيث تسييره أو تنظيمه .

---

(١) دكتور/ طعيمه الجرف : مرقابة القضاء لاعمال الادارة العامة، – ط/ ١٩٦١ – ص ١٥٧ – ١٥٨ .

(٢) المحكمة الادارية العليا – السنة السادسة والعشرون – العدد الأول – من أول اكتوبر سنة ١٩٨٠ إلى آخر فبراير سنة ١٩٨١ بحكمها فى الطعن رقم ٨٤٥ لسنة ١٩ ق، جلسة ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٨٠ – ص ٦٨ .

(٣) اتباع وسائل القانون العام ، وذلك بما يتضمنه العقد من شروط استثنائية غير مألوفه فى القانون الخاص .

★ تلك هى الضوابط التى تميز العقد الادارى بطبيعته وتحدد اختصاص القضاء الادارى بالنسبة للمنازعات التى تثور بشأنه ، وتتولى شرح هذه الأسس على النحو التالى :

(أولا) : أن تكون الادارة طرفا فى العقد :

★ أن هذا هو العنصر الأول فى تمييز العقود الادارية ، فالعقد الذى لا يكون أحد أطرافه شخص من أشخاص القانون العام ، لايمكن اعتباره عقدا من العقود الادارية ، مع التحفظات التى سنعود الى ذكرها بالنسبة لتطور نظرية المرفق العام ، .

★ وجدير بالذكر أنه على هدى من التطور الادارى ، أصبح من أشخاص القانون : العام ، الأشخاص العامة الاقليمية مثل المحافظة والمركز والمدينة والحى والقرية .

★ ونضيف الى ما تقدم أن القضاء الادارى قد اعترف فى كل من مصر وفرنسا بقيام أشخاص معنوية عامة أخرى طبقا للأفكار الاشتراكية ، وقد أدى ذلك الى ظهور أجهزة جديدة لم تألفها النظم الحكومية من قبل ، وأصبحت تشرف على كثير من نواحى النشاط الخاص أو المهنى ، وتتمتع بقدر كبير من السلطات العامة ، وذهب مجلس الدولة الفرنسى الى أن تلك الأجهزة تعتبر من أشخاص القانون العام .

★ وقد أخذت محكمة القضاء الادارى المصرى بهذا الاتجاه فيما يتعلق بالنقابات ، ونضرب لذلك مثلا بنقابات المحامين والأطباء والمهندسين .

★ ويترتب على الاعتراف بالصفة العامة للاشخاص المعنوية العامة أن تصبح عقودها المتضمنة شروطا استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص من العقود الادارية .

★ وجدير بالملاحظة أن عقود شركات القطاع العام وجمعياته لا تعتبر من قبيل العقود الادارية ، بل من قبيل عقود القانون الخاص ، ويرى الأستاذ الفقيه

الدكتور العميد/ سليمان محمد الطماوى أنه اذا أرادت هذه الشركات والجمعيات أن تستعمل وسائل القانون العام لتضفى الصفة الادارية على عقودها أن تلجأ الى جهة الادارة التى تشرف عليها ، وهى شخص من أشخاص القانون العام الذى أنشأها ، أو الوزارة التى تشرف عليها[1] .

★ ومن جانبنا نؤيد هذا الرأى بشرط أن تشتمل هذه العقود على الشروط الاستثنائية حسبما سبق ايضاحه .

★ ★ وبالبناء على ماتقدم فإن العقد المبرم بين ملتزمى المرافق العامة وبين المنتفعين بخدماتها يعتبر عقدا مدنيا ، وكذلك العقود التى يبرمها ملتزمى المرافق العامة أو مقاولى الأشغال العامة مع الأفراد الذين يعاونوهم فى تنفيذ التزاماتهم تعتبر أيضا عقودا مدنية .

★ ★ ومما هو جدير بالذكر أن العقد المبرم بين أفراد يكتسب الصفة الادارية اذا ما تبين أن أحد المتعاقدين انما يتعاقد فى الحقيقة باسم ولحساب جهة ادارية ، وذلك متى توافرت الشروط الأخرى .

★ ★ ونكرر ما سبق الاشارة اليه من أن العقد الذى يبرمه أحد الأشخاص الادارية العامة لا يلزم حتما أن يكون اداريا ، على سند من أن الادارة قد تلجأ الى وسائل القانون الخاص ، فتبرم عقودا مدنية ، أما اذا اتبعت وسائل القانون العام فتعتبر عقودها ادارية ، متى تضمنت شروطا استثنائية .

وخلاصة ما تقدم فإن اشتراط وجود الادارة كطرف فى العقد هو شرط لازم لالحاق الصفة الادارية ولكنه شرط غير كاف .

(ثانيا) : أن يتصل العقد بنشاط مرفق عام من حيث سيره وتنظيمه[2] :

(١) ★ بادىء ذى بدء نجد من المفيد تعريف مفهوم «المرفق العام» حسبما عرفناه بمؤلفنا «الادارة الحديثة للمؤسسات والشركات العامة» حيث أوضحنا مفهوم المرفق العام على النحو التالى :

---

(١) دكتور/ سليمان عبد الطماوى «الأسس العامة للعقود الادارية» .

(٢) مؤلفنا «الاداره الحديثة للمؤسسات والشركات العامة بمصر والدول العربية وتجربة اشتراك العمال فى الأداره» طـ ١٩٨٨ ص ٢٤ – ٤٤ .

مفهوم المرفق العام ، وأهم عناصره

★ ان عبارة المرفق العام تتسع لمعان متعددة ومن أهمها معنيان أساسيان ، فقد يقصد به موضوع النشاط الذى تمارسه الادارة العامة ، وهذا هو التعريف المادى أو الموضوعى ، وقد يطلق المفهوم أيضا على الجهاز أو الهيئة التى تباشر النشاط الادارى أو الاقتصادى وذلك هو التعريف الشكلى أو العضوى .

ونتيجة لهذه الزوايا المختلفة لمفهوم المرفق العام ظهر الخلاف بين الفقهاء فى تعريفه فبعض الفقهاء يتجه الى موضوع النشاط فيأخذ بالتعريف المادى أو الموضوعى ، ويعتبر الأستاذ/ (دوجى) من أهم الفقهاء الذين يأخذون بهذا الاتجاه ، اذ يقول «يعتبر مرفقا عاما كل نشاط يجب أن يكفله وينظمه ويتولاه الحكام ...»[١] ويبرز هذا التعريف أهمية النشاط الذى يتولاه المرفق العام عن طريق السلطة العامة .

وبعض الفقهاء يتجه فى تعريفه الى الجهاز أو الهيئة الادارية التى تمارس النشاط فيأخذ بالتعريف الشكلى أو العضوى ، ويعتبر الأستاذ (هوريو) من أهم الذين يأخذون بهذا الاتجاه اذ يقول «المرفق العام هو منظمة عامة من السلطات والاختصاصات تكفل القيام بخدمة معينة تسديها للجمهور على نحو منتظم مطرد»[٢] .

وجدير بالذكر أن المفهومين السابقين أى المادى والشكلى قد يتلاقيا فى أحوال كثيرة كما قد يختلفا فى أحوال أخرى فيمكن - وهو الوضع الغالب - أن تكون المرافق العامة بالمعنى المادى هى فى نفس الوقت مرافق عامة بالمعنى الشكلى ، غير أنه من الممكن ألا يتطابق المعنيان ، وعلى وجه الخصوص فى ظل التطور السياسى والاقتصادى الذى أدى الى ظهور أنواع جديدة من المرافق ، كالمرافق الاقتصادية ، والمرافق المهنية أو النقابية ، والمشروعات المؤممة حيث نجد تخلف العنصر الشكلى عن العنصر المادى ، ولذلك ظهرت المرافق العامة العضوية الى جانب مرافق عامة تدار بمعرفة الأفراد أو المشروعات الخاصة . وقد تطورت فكرة المرفق العام بشكل أكثر عندما اعترف مجلس الدولة الفرنسى بصفة المرفق العام لبعض المشروعات الخاصة ذات النفع العام التى تخضع لترخيص ادارى مقيد ببعض

---

(١) Duguit : «Traité de droit constitionnel» 3e éd) P 61

(٢) Hauriou: Precis de droit adminstratf (11 éd) P 16

الشروط ، وذلك ما يعرف بفكرة المرفق العامة الفعلية أو الحكمية ، ونتيجة لذلك ظهرت طائفتان من المرافق العامة :

(الأولى) هى المرافق العامة العضوية .

(والثانية) هى المرافق العامة الوظيفية فالنوع الأول يتوافر فيه العنصر الشكلى والمادى ، والنوع الثانى يتوافر فيه العنصر المادى أو الموضوعى دون العنصر الشكلى أو العضوى[(١)] .

ومن جانبنا نؤيد الاتجاه المادى أو الموضوعى للتعريف وذلك لامكان شموله للنشاط العام ، والنشاط الخاص طالما كان خاضعا لاشراف السلطة العامة ، ونتيجة لذلك يمكن القول بأن «المرفق العام هو النشاط الذى يحقق الخدمة العامة سواء قامت به هيئة عامة أو جهاز خاص طالما بقى هذا الجهاز تحت اشراف السلطة العامة وهيمنتها» .

ونلاحظ أن عددا غير قليل من الفقه المصرى يؤيد ذلك المفهوم . فالعميد سليمان محمد الطماوى يستهل كلامه عن المرفق العام وعناصره بالقول:يستعمل اصطلاح مرفق عام للدلالة على معنيين ، فقد يستعمل للدلالة على نشاط من نوع معين تقوم به الادارة لصالح الأفراد وهذا هو المعنى الذى نقصده ، والذى يجب أن نخصص له هذا الاصطلاح منعا للبس ، وقد يقصد به المنظمة أو الهيئة التى تقوم بالنشاط السابق ، ثم يتصدى بعد ذلك لتعريف المرفق العام بأنه : «مشروع يعمل باطراد وانتظام تحت اشراف رجال الحكومة بقصد أداء خدمات عامة للجمهور ، مع خضوعه لنظام قانونى معين»[(٢)] **ومن جانبنا لانوافق على العبارة التى جاءت بتعريف الفقيه الكبير والمتعلقة بالقول «تحت إشراف رجال الحكومة ، ونرى إبدالها بعبارة «تحت إشراف السلطة العامة» .**

---

(١) دكتور/ محمود حافظ «دروس فى المرفق العام» ألقيت على طلبة القانون العام سنة ١٩٦ بكلية الحقوق بجامعة القاهرة ص ٧ .

وكذلك فى نفس الموضوع :

J.M Auby et R Ducos- Ader «grande Services Public» P 23 et S. (Paris- 1969) .

مشار الى ذلك بمؤلفنا «الإدارة الحديثة للمؤسسات (مرجع سابق ص ٢٦) .

وراجع أيضا قضية Blanco وتقرير مفوض الحكومة David فى نفس المرجع هامش ص ١٥ .

(٢) دكتور/ سليمان محمد الطماوى «الوجيز فى القانون الادارى» دار الفكر العربى - القاهرة س ١٩٦٧ ص ٢١٢ - ٢١٥ .

ونرى أن هذا هو التعبير الأدق ، وتأييدا لذلك ، فإن المرافق العامة قد تعقد عقودا ادارية ولا ينطبق عليها تعبير الحكومة وهكذا ...

ولذلك نفضل الأخذ بالمدلول المادى لأنه هو الذى يتفق مع فكرة المرفق العام لما حققته من تطور وازدهار واتساع ... وبناء على ذلك يكون المقصود بالمرفق العام هو الخدمة أو النشاط ذاته الذى يحقق نفعا أو يسد حاجة عامة بصرف النظر عما اذا كانت الهيئة التى تؤدى الخدمة أو تمارس النشاط هيئة عامة خاضعة للقانون العام أو هيئة خاصة خاضعة للقانون الخاص ، كفرد أو شركة ، على أن يتحقق دائما وفى جميع الأحوال اشراف السلطة العامة وهيمنتها على النشاط المذكور ، ويذكر العميد/ عثمان خليل تعريفا موجزا فى هذا الشأن حيث يقول :

«يمكننا تعريف المرفق العام فى ايجاز بأنه مشروع تتولاه الادارة لأداء خدمة»[١] ونرى كذلك أن تعريف هذا الفقه الكبير غير جامع ولا مانع بل هو تعريف قاصر وغير متكامل حسبما سبق ايضاحه .

ومن التعاريف السابقة نرى أن المرفق العام يقوم على ثلاثة عناصر أساسية وهى :

(١) قيام مشروع معين . (٢) استهداف المشروع تحقيق النفع العام . (٣) خضوع المشروع لهيمنة الحكام (أو الادارة العليا بمعنى آخر) .

ونتكلم عن هذه العناصر فيمايلى :

١ - العنصر الأول : قيام مشروع معين :

يتضمن المرفق العام مشروع أو نشاط ادارى منظم ، ويلاحظ لنا أن كل مشروع سواء كان من المشروعات العامة أو الخاصة يشتمل على دعامات أساسية وهى :

أ - الدعامات البشرية :

تتمثل الدعامات البشرية فى جهاز الادارة العليا والادارة التنفيذية والأجهزة الاستشارية المختلفة ، وينحصر عمل الادارة العليا فى التخطيط العام للمشروع والقيام بتوجيهه وترشيده ، فضلا عن تنظيم ادارته والتنسيق بين أجهزتها المختلفة -

---

(١) دكتور/ عثمان خليل «نظرية المرافق العامة» - القاهرة - ١٩٥٨ - ص ٤٢ .

أما مهمة الادارة التنفيذية للمشروع ، فتتمثل فى نقل سياسة الادارة العليا من حيز التخطيط الى مرحلة التنفيذ ، وتحقيق الأهداف التى أنشيء المشروع من أجلها ، كما تلتزم بتخطيط برامج العمل بطريقة علمية سليمة حتى يمكن تنفيذها بمعدلات الأداء المطلوبة وفى التوقيت الزمنى المناسب – أما عمل الأجهزة الاستشارية فينحصر فى البحث والتفكير وتقديم المشورة للقيادات العليا والتنفيذية على حد سواء ، فمثلا تعتبر أجهزة التخطيط الاقتصادى من أهم أجهزة المشورة بالنسبة للمؤسسات والشركات العامة . ويلاحظ أن اختصاصات هذه الأجهزة ينحصر فى نطاق البحث والمشورة فى شكل توصيات غير ملزمة . وعلى سبيل الاستثناء يمكنها أن تصدر قرارات ملزمة اذا ما فوضت فى ذلك الاجراء ، ومن أمثلة الاجهزة الاستشارية فى الجامعات لجان البحث العلمى لتقييم بحوث الأساتذة قبل تعيينهم لأن قرار التعيين يصدر من رئيس الجامعة .

ب – الدعامات المادية :

تتمثل هذه الدعامات فى مجموع مايلزم للمشروع من عقارات وأدوات وأموال سائلة وغير سائلة يستفيد بها فى تسيير حركته والوفاء بالتزاماته المختلفة .

فللأموال أهمية كبيرة فى حياة المشروع لأن المال هو أساس وجود المشروع .

جـ – الدعامات القانونية :

إن القوانين واللوائح هى مصدر اشعاع دائم للمشروع ، فهى التى تمده بالقواعد والأصول القانونية الصحيحة التى تحكم تصرفات القائمين عليه ، والتى تحدد الأصول العامة لأكتساب كافة الحقوق والالتزامات بشتى الالتزامات ، ولذلك فلكل مشروع لوائح تنظيمية عامة يلزم بها فى حياته الادارية والاقتصادية .

(٢) العنصر الثانى : استهداف المشروع تحقيق النفع العام :

ان المرفق العام فى لغة الادارة العامة لا يخرج عن كونه مشروع يفى بحاجات جماعية ذات نفع عام – فأول ما تراعيه الدولة عند انشاء مرفق عام هو التطلع الى الوفاء بالحاجات العامة ذات النفع العام دون التركيز أساسا على تحقيق الربح ، ولكن ذلك لا يتعارض مع امكان تحقيقه أحيانا مع بقاء الهدف الأصلى للمشروع باقيا فى اطار الوفاء بالحاجات العامة ، سواء تمثلت فى خدمات أو أعمال عامة ، ولهذا فان

المشروعات العامة ذات الصبغة الاقتصادية التى تحققها الأجهزة الاقتصادية لا تنفصل عن دائرة المرافق العامة بالرغم مما يحققه بعضها من أرباح للدولة .

(٣) العنصر الثالث : خضوع المشروع لهيمنة الحكام (أو الادارة العليا للحكام) :

أن خضوع المشروع لهيمنة الحكام هو أهم عنصر من عناصر تمييز المرفق العام ، فالعنصرين السابقين وهما : قيام المشروع ، واستهداف تحقيق النفع العام ، يمكن توافرهما فى المشروعات العامة والخاصة على حد سواء .

والمقصود بتعبير الهيمنة هو سيطرة السلطة العامة على المشروع وقيامها بادارته بطريق مباشر أو غير مباشر ، كما هو الشأن بالنسبة لادارة بعض المشروعات العامة بأسلوب الامتياز .

ويلاحظ أن الهيمنة تختلف عن أساليب الاشراف والرقابة التى يمكن أن تخضع لها المشروعات العامة والخاصة على حد سواء . ومن أهم مايميز الهيمنة عن الاشراف والرقابة ، أنه بمقتضى الهيمنة على المشروع تصبح للدولة عليه كما يقول الفقيه «رولان» حق اصدار الكلمة الأخيرة بشأن تنظيمه وتسييره[١] .

والخلاصة : التى نركز عليها هى أن خضوع المرفق العام لهيمنة الادارة العليا أو بمعنى آخر لهيمنة الحكام يعتبر بمثابة العنصر الأساسى والعامل الجوهرى فى تمييز المرافق العامة عن المشروعات الخاصة .

(٢) اتصال العقد بنشاط مرفق عام :

أن الأخذ بهذا المعنى الواسع للمرفق العام من شأنه امكان اعتبار العقود التى تبرمها المرافق العامة الاقتصادية أى ذات الصبغة الصناعية والتجارية عقودا ادارية ، متى اشتملت على شروط استثنائية .

ومن صور اتصال العقد بنشاط مرفق عام ، صورة اشتراك المتعاقد فى ادارة المرفق ، كما هو الوضع فى عقد التزام المرافق العامة ، حيث يقوم الملتزم بأداء الخدمة العامة بدلا من السلطة الادارية حسبما سبق إيضاحه .

---

(١) L. Rolland: «Precis de droit administratif» 1943 P 21 مشار اليه بمؤلفنا «الادارة الحديثة للمؤسسات – مرجع سابق ص ٣٢ .

(ثالثا) : اتباع وسائل القانون العام ، وذلك بما يتضمنه العقد من شروط استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص :

جدير بالذكر أن هذا هو الشرط الأساسى لالحاق الصفة الادارية بالعقد الادارى ، وما الشرطان السابقان الا ممهدان لهذا الشرط الجوهرى الذى لا يرد عليه أى استثناء على خلاف الشرط الثانى المتعلق باتصال العقد بتسيير مرفق عام .

وتفسير ذلك أنه حين تبرم الادارة عقدا يتصل بمرفق عام ، يجوز لها أن تلجأ بصدده الى أسلوب القانون العام ، وما يتضمنه من وسائل الشروط الاستثنائية ، كما لها أن تعدل عن هذه الوسائل وتستعمل أساليبَ القانون الخاص أى أساليب الأفراد فى عقودهم الخاصة ، فقد يكون لها مصلحة فى الاتجاه الى أسلوب القانون الخاص لابرام بعض عقودها .

ومثال ذلك أن تتجه ارادة الادارة الى الاسراع فى الحصول على السلع أو الخدمات التى تحتاج اليها وتخشى أن تكون الشروط الاستثنائية شديدة القسوة على المتعاقد معها فتتازل بمحض ارادتها عن أسلوب الشروط الاستثنائية .

ومن أهم ما يمكن الاشارة اليه أن المعيار الذى يستفاد منه أن الادارة آثرت الأخذ بأسلوب القانون العام دون أسلوب القانون الخاص لا يستمد من الشكل الذى اتبع فى ابرام العقد ، أو من الاجراءات التى أتخذت لذلك ، أو على أساس التفرقة بين العقود التى تبرمها السلطة المركزية ، وتلك التى تبرمها الهيئات اللامركزية الاقليمية أو المصلحية ، وانما المعيار الأساسى فى هذا الشأن يكون بالاعتماد على تحليل نصوص العقد ، فاذا ما احتوى العقد على شروط استثنائية غير مألوفة بالقياس الى شروط القانون العادية أو تكون غير مألوفة ، أعتبر عقدا اداريا متى توافرت الشروط الأخرى .

تزويد المرفق العام بالشخصية المعنوية(*)

(أولا) : مفهوم الشخصية المعنوية :

يتميز موضوع الشخصية المعنوية بالأهمية الكبيرة فى مجال الكلام عن الهيئات

(★) راجع مؤلفنا : الادارة الحديثة للمؤسسات والشركات العامة بمصر والدول العربية وتجربة إشتراك العمال فى الإدارة – مرجع سابق ص ٣٣ .

اللامركزية سواء كانت لا مركزية اقليمية كالهيئات المحلية أو لامركزية مصلحية أو فنية كالمؤسسات العامة .

ولعل أول ما يثور في ذهن القارىء هو التساؤل عن مفهوم الشخصية المعنوية والحقيقة أن جوهر الشخص المعنوى يتمثل في مجموعة من الأشخاص أو الأموال ينظر اليها مجردة عن العناصر المادية المكونة لها ، وبذلك تصبح هذه المجموعة وحدة واحدة وان تعددت الأشخاص أو تعددت الأموال المكونة لهذه المجموعة(١) .

هذا وتجدر الاشارة الى أن كلمة شخص أو شخصية (من الزاوية القانونية) هى التى أدت الى الاستفادة من نظرية الشخصية المعنوية واسباغها على الهيئات اللامركزية ، فوجود الشخصية الطبيعية أو المعنوية تجعل صاحبها فى نظر القانون أهلا لاكتساب الحقوق والالتزام بالالتزامات .

ولأهمية ذلك فقد اختلف فقهاء القانون الادارى حول فكرة الشخصية المعنوية على أساس أن البعض يتصور أن الشخصية لا تثبت الا للأشخاص الطبيعيين وأن منحها للهيئات اللامركزية هو محض افتراض أو مجاز ويطلق على أنصار هذا الرأى (أصحاب مذهب المجاز أو الافتراض)(٢) .

بينما يرى أصحاب مذهب الحقيقة أن الشخصية المعنوية هى حقيقة واقعة

---

(١) راجع فى موضوع الشخصية المعنوية : (أ) فى الفقه الفرنسى :

- Bonnard : «Precis de droit adm» P 30 et. S.

- Hauriou : Droit adm 12 ed P 42 et. S.

- Rolland : Precis de droit adm Pavis- 1937, O 24 et S.

هذه المراجع مشار إليها بمؤلفنا : «الادارة الحديثة ...» مرجع سابق ص ٣٣ .

(ب) فى الفقه العربى : دكتور/ عثمان خليل (الادارة العامة والتنظيم الادارى) . دكتور/ وحيد رأفت (القانون الادارى) القاهرة ١٩٣٩ - دكتور/ زهير جرانة (مبادىء القانون الادارى المصرى) القاهرة ١٩٤٣ - المرحوم الدكتور/ توفيق شحاته (مبادىء القانون الادارى) القاهرة ١٩٥٤/ ١٩٥٥ - دكتور/ محمود عاطف البنا (نظم الادارة المحلية ١٩٦٨) مؤلفنا : الادارة العامة والتنظيم الادارى فى الجمهورية الجزائرية) الطبعة الثانية - الجزائر ١٩٧٥ .

(٢) عرف مذهب المجاز عند الرومان ثم أصبح ينسب بعد ذلك الى العالم الألمانى «Savigny» الذى لم يبتدعه غير أنه نجح فى تطويره ، وأحسن فى عرضه .

ومن أنصار هذا المذهب فى الفقه كل من Esmin- Jeze- Bonnard- Bertheimy- Duguit .

على أساس أن الشخص المعنوى شخص حقيقى ولكنه غير مجسم فى شكل آدمى ، فهو من قبيل الحقائق المعنوية المجردة[1] .

تعريف العقد الادارى

فى ختام هذا المطاف الذى تناولنا فيه شرح المعايير والأسس التى يقوم عليها العقد الادارى ومقومات المرفق العام ، فإننا نستطيع أن نعرف العقد الادارى بأنه «العقد الذى يبرمه شخص معنوى عام . بقصد ادارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وتنظيمه ، والذى يكون هذا الشخص المعنوى العام أظهر نيته فى الأخذ بشأنه بأسلوب القانون العام ، وتستخلص هذه النية مما ينطوى عليه العقد من شروط استثنائية خارجة على نصوص القانون العادية أو غير مألوفه فى تلك النصوص .

ويترتب على ذلك أن هذا العقد يخضع لنظام استثنائى خاص به ، هو نظام القانون العام ، الذى يختلف عن النظام القانونى الذى يحكم العقود العادية . كما يترتب عليه أن الفصل فى منازعاته يصبح من اختصاص القضاء الادارى .

وقد ينص المشرع على اختصاص القضاء الادارى بالنظر فى منازعات نوع من العقود . ولكن هذا النص لا يستفاد منه دائما أن تلك العقود ادارية ، انما ينبغى فحص تلك العقود وتحليل طبيعتها الذاتية .

وقد عرفت المحكمة الادارية العليا العقد الادارى بأنه «العقد الذى يبرمه شخص معنوى من أشخاص القانون العام بقصد ادارة مرفق عام ، أو بمناسبة تسييره وأن تظهر النية بالأخذ بأسلوب القانون العام ، وذلك بتضمين العقد شرطا أو شروطا استثنائية غير مألوفة فى عقود القانون الخاص»[2] .

أما محكمة النقض فتقول :

«اذا كان القانون لم يعرف العقود الادارية أو القرارات الادارية ولم يبين الخصائص التى تميزها والتى يهتدى بها فى القول بتوافر الشروط اللازمة لها

---

(١) شاع مذهب الحقيقة فى ألمانيا ، ولذا يطلق عليه البعض المذهب الألمانى ، وقد تزعمه أولا الفقيه بسلر «Besler» ولهذا المذهب أنصار كثيرون فى كل من ألمانيا وفرنسا ، وفى مقدمة من أخذوا به هم الفقهاء : . Saleilles - Haurio - Foullée - Zeitlemann - René - Michoud وغيرهم .
راجع فى هذا الشأن مؤلفنا «الادارة الحديثة للمؤسسات والشركات العامة» – مرجع سابق – ص ٣٣ – ٣٤ متن وهامش .

(٢) المحكمة الادارية العليا فى ١٩٦٧/١٢/٢٠ ، ٣٥٩/٤٨/١٣ .

ولحصانتها من عدم تعرض السلطة القضائية لها بتعطيل أو تأويل ، فإن من وظيفة المحكمة أن تعد هذه العقود وتلك القرارات وصفها القانوني على هدى حكمة التشريع ، ومبدأ الفصل بين السلطات ، وحماية الأفراد ، وحقوقهم وذلك توصلا الى تحديد اختصاصها للفصل فى النزاع المطروح عليها أو الاجراء الوقتى المطلوب اتخاذه[1] .

الفصل الثانى

التعريف بأهم العقود الادارية

هناك عقود ادارية مسماه وهى تلك التى لها نظام قانوني خاص معروف مقدما ، وهناك العقود الادارية غير المسماه التى تبرمها الادارة على خلاف المألوف فى عقود القانون الخاص ، فهى تلك التى تتضمن شروطا استثنائية حسبما سبق بيانه . وتبرم الادارة هذه العقود كلما تطلب ذلك مقتضيات سير المرافق العامة سيرا منتظما مضطردا .

وقد نص قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بالفقرة الحادية عشرة من المادة العاشرة على اختصاص المجلس بالمنازعات الخاصة بعقود الالتزام ، والأشغال العامة ، والتوريد ، أو أى عقد ادارى آخر ، أى أن النص جاء عاما بذكر عبارة «أى عقد ادارى آخر» ، ونرى أن تكييف العقد الادارى الآخر يخضع للمعايير سالفة البيان .

وسنشير الى بعض مسميات العقود الادارية التى لم ينص عليها قانون مجلس الدولة ، ثم نشير الى العقود التى نص عليها قانون المجلس رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ صراحة قبل التصدى لأحكامها المقررة بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ المتعلق باصدار تنظيم المنازعات والمزايدات ولائحته التنفيذية وكل ما يتعلق بأحكامها القانونية .

(أولا) : العقود التى لم ينص عليها قانون مجلس الدولة اكتفاء بالنص على عبارة «أى عقد ادارى آخر» :

وبهذه المناسبة فان النص يتسع لأى عقد ادارى تتوافر فيه الشروط الاستثنائية التى سبق ايضاحها تفصيلا ، وتتمثل هذه العقود فيمايلى :

---

(١) الطعن رقم ٤٩٨ لسنة ٢٩ ق - جلسة ١٩٦٤/٧/٧ س ١٥ ص ٩٥٦ ، وراجع نفس ١٩٤٤/١٢/٢٨ فى الطعن رقم ٢٨ سنة ١٤ - مجموعة الـ ٢٥ سنة ص ١٣٣ .

(١) عقد النقل :

وهو اتفاق بمقتضاه يتعهد فرد أو شركة بنقل أشياء منقولة للادارة أو بوضع سفينة تحت تصرفها ، وقد يكون موضوع العقد مقصورا على مرة واحدة أو عدة مرات .

★ والأحكام القانونية المتعلقة بهذا العقد هى بذاتها أحكام عقد التوريد ، ولا تختلف عنها الا فيما يتعلق بموضوع كل منهما ، فموضوع عقد النقل يتعلق بنقل أشياء منقولة ، أما موضوع عقد التوريد فيقوم على توريد أصناف . كما أن كلا منهما قد يكون مدنيا أو اداريا طبقا لطبيعته الذاتية[١] .

(٢) عقد تقديم المعاونة :

هو عقد بمقتضاه يلتزم شخص من أشخاص القانون الخاص أو العام بالمساهمة نقدا أو عينا فى نفقات مرفق عام أو أشغال عامة . وسوف نعود الى الكلام عن هذا العقد بشىء من التفصيل عند عرض القواعد القانونية فى مكانها المناسب .

(٣) عقد القرض العام :

هو عقد بمقتضاه يقرض أحد الأفراد أو البنوك مبلغا من المال للدولة (أو لشخص معنوى آخر من أشخاص القانون العام) . مقابل تعهدها بدفع فائدة سنوية محددة ، ويرد القرض وفقا للشروط المتفق عليها فى نهاية الأجل المحدد . والأصل أن يتم العقد برضاء الطرفين اختيارا .

ومن ثم فان الصفة العقدية بالنسبة للقروض العامة تصبح محل شك فى حالة القروض العامة الاجبارية لأنها تتم بارادة السلطة العامة المنفردة ، ويرى الفقهاء أن القرض العام الاجبارى لا يخرج عن كونه ضريبة[٢] .

---

(١) يرى الفقيه الدكتور/ عبد الرازق السنهورى : «أنه يمكن الاعفاء من المسئولية العقدية فى بعض العقود التى تخضع للقانون المدنى ، وبخاصة فى عقود النقل ، على أنه اعفاء من الفعل المجرد من الخطأ ومن الخطأ التافه ، أى اليسير ، ويكون الخطأ فى هذه الحالة خطأ عقديا ، لا خطأ تقصيريا ، ولكن ذلك دون المسئولية عن الفعل العمد ، أو الخطأ الجسيم ، ونرى أنه يمكن الاستهداء بهذا الرأى فى عقود النقل الادارية .

(دكتور/ عبد الرزاق السنهورى «نظرية الالتزام بوجه عام» عقد – ص ٩٢٤ متن وهامش .

(٢) العميد الدكتور/ سليمان محمد الطماوى – مرجع سابق – ص ١٤٩ ومابعدها .

(٤) عقود الايجار الادارية .

أن هذه العقود متنوعة وتتمثل فى كون الادارة مستأجرة أو فى كونها مؤجرة ففى حالة كون الادارة مستأجرة تعتبر عقودها من عقود القانون الخاص مالم تتضمن شروطا استثنائية وغير مألوفة . أما فى حالة كون الادارة مؤجرة فاما أن يرد الاتفاق على عين تتبع الدومين الخاص للادارة (أى المال الخاص) فيكون العقد عقدا خاصا ويخضع لأحكام القانون الخاص ، أما اذا أبرم العقد على عين من أموال الدومين العام (أى المال العام) ، فهنا يوجد احتمال لوجود عقد ادارى ، أو لوجود ترخيص ادارى ، والترخيص بدوره لا يخرج عن كونه قرارا اداريا طبقا للتكييف القانونى الصحيح .

وجدير بالاحاطة أن كلا من قضاء محكمة النقض ، والقضاء الادارى قد استند الى الشروط الاستثنائية الواردة فى العقد لانكار صفته المدنية ، ونضرب لذلك مثلا بعقود ايجار المقاصف الملحقة بأجهزة الدولة أو بمرافقها ، فهى تعتبر عقود ادارية[1] .

★ وتفسير التصرف على أنه ترخيص أو عقد ادارى مرجعه الى محكمة الموضوع وعليها أن تستشف نية الادارة فى حالة عدم وضوح النص ، فاذا كانت نية الادارة قاطعة فى اتباع أسلوب الترخيص فليس للقضاء الادارى أن يعقب على هذه الارادة ، وهنا كما سبق القول تخضع منازعات الترخيص للقضاء الادارى باعتباره قرارا اداريا ، أما اذا كانت النية واضحة علَى أن التصرف يلبس ثوب العقد الادارى ، فتنطبق عليه أحكام هذا العقد ويصبح الفصل فيه خاضعا لاختصاص القضاء الادارى .

★ وجدير بالاحاطة أنه فى حالة اعتبار التصرف ترخيص ادارى فإنه فى حالة قيام الادارة بالغائه دون أى مقتض من مقتضيات الصالح العام مستندة الى سلطتها

---

(١) قضت محكمة القضاء الادارى فى القضية رقم ٣٦٤ لسنة ٢٤ ق جلسة ٢٠ فبراير سنة ١٩٧٢ بمايلى : «استغلال مقصف بمرفق إدارى وتأخر المستأجر فى سداد قيمة الايجار يجعل لجهة الادارة الحق فى فسخ العقد وتأجير المقصف على حساب المستأجر أى المستغل خلال مدة معقولة ، وتأخر جهة الادارة فى إجراء المزايدة الجديدة يعتبر تعسفا فى استعمال حقها» - مشار للحكم بمجموعة المبادىء القانونية التى قررتها محكمة القضاء الادارى السنة السادسة والعشرون من أكتوبر ١٩٧١ الى آخر سبتمبر ١٩٧٢ ص ٤٥ - ٤٦ .

التقديرية ، يحق لصاحب الترخيص المطالبة بالتعويض حتى لو نص فيه على أنه لا يجوز طلب تعويض عن ذلك ، وذلك تأسيسا على أن السلطة التقديرية ليست سلطة تحكمية ، وانما هي سلطة ملاءمة لتحقيق الصالح العام ، فاذا انتفى الصالح العام فلا يحق للادارة الغاء الترخيص . وفي ذلك تقول محكمة القضاء الادارى :

«ان الحق في طلب التعويض في تلك الحالات لا يسقط حتى لو نص في الترخيص على أنه لا يجوز طلب تعويضات عن ذلك الالغاء»[1] .

(٥) عقود العمل :

وهنا يجب أن تنطوى الخدمة على اتصال دائم بالمرفق العام ، وسنورد بعض الأحكام المتعلقة بهذا الموضوع في المكان المناسب من هذا المؤلف .

(٦) عقود التعهد بالانتظام في الدراسة وخدمة الدولة :

إذا أوفدت الادارة أحد الموظفين أو أعضاء هيئة التدريس لبعثة دراسية بالخارج مقابل تعهد الشخص بالعودة للعمل بالجهة الادارية أو بالجهة العلمية المبعوث منها ولم يقم بتنفيذ التزامه ، فيحق للجهة الموفدة أن تطالبه بالتعويض هو ومن كفله . مثال ذلك أنه اذا تقدم عضوا لبعثة بتعهد منه وكفيل له ، فان القضاء الادارى مستقر على أن التعهد الصادر منهما هو عقد ادارى توافرت فيه خصائص ومميزات العقود الادارية[2] .

★ وجدير بالذكر أن المحكمة الادارية العليا قضت بأن عقد الكفالة لا يشترط فيه الكتابة[3] . ونضيف الى ماتقدم أن مطالبة جهة الادارة بالتعويض لا يسقط الا بالتقادم الطويل (أى ١٥ سنة) مالم تقم جهة الادارة بقطع التقادم بالطرق القانونية الصحيحة ، ولأهمية هذا النوع من الالتزام نقرر أن الالتزام بنفقات البعثة العلمية

---

(١) محكمة القضاء الادارى حكمها في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٥٤ سنة ٩ ق - ص ١٤٥ .

(٢) قضت محكمة القضاء الادارى «السنة ٢٦» من أكتوبر ١٩٧١ إلى آخر ديسمبر ١٩٧٢ - بالمبدأ التالي بجلسة ٢ يناير ١٩٧٢ في القضية ٤٢٣ لسنة ٢٢ ق حيث قالت : «التعهد بالتدريس لمدة خمس سنوات بعد التخرج وعدم توقيع المدعي على التعهد رغم بلوغه سن الرشد لاينشأ الالتزام قبله - والتحاق الطالب بالمعهد وقبول الوزارة لا يكفي للقول بانعقاد عقد غير مكتوب بين المدعي والوزارة ، والكفالة لاتكون صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا» .

(٣) المحكمة الادارية العليا : حكمها الصادر في ١٩٧٣/١٢/١٩ - مجموعة المبادىء المؤقتة ص ١٦٩ .

يستند الى نص المادة ٣٣ من القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٥٩ بتنظيم شئون البعثات والاجازات الدراسية والمنح ، أى أن مصدر الالتزام هو القانون ، ومن ثم فإن حق الجهة الادارية فى استرداد مستحقاتها لا يسقط الا بالتقادم الطويل (أى ١٥ سنة) حسبما سبق بيانه . ويكفى المبعوث اذا ما طولب بنفقات البعثة بعد خمسة عشرة عاما دون قطع جهة الادارة التقادم بالطرق القانونية ، الدفع بسقوط حق جهة الادارة بمصروفات البعثة لانقضاء مدة التقادم الطويل قبل اقامة الدعوى ، وعدم قطع هذه المدة باجراء قاطع للتقادم .

★ وجدير بالاحاطة أن هذه المنازعات الادارية كثيرة فى الحياة العملية ، وسنورد عنها الكثير من الأحكام القضائية فى موضوعها المناسب .

★ ومما ينبغى الإشارة إليه أن هناك حكم حديث فى قضية قمنا بمباشرتها أمام محكمة القضاء الادارى ، وانتهى الحكم فيها لصالح موكلنا الدكتور/ عبد العزيز وهبة متولى .

★ ولأهمية هذا الحكم الحديث وغير المنشور نلخصه فيما يلى :

«أقامت وزارة التعليم العالى الدعوى رقم ٥٧٢١ لسنة ٤٣ قضائية ضد الدكتور/ عبد العزيز وهبه متولى ووالده الأستاذ/ وهبه متولى بصفته كفيلا لابنه بصحيفة مودعة قلم كتاب محكمة القضاء الادارى «دارة العقود والتعويضات» تطالب المدعى عليهما متضامنين بما أنفق على المدعى عليه الأول فى بعثة دراسية للولايات المتحدة الامريكية ، بسبب عدم عودته للجامعة ، واستقراره بالولايات المتحدة ، وقدرت مصاريف البعثة المطالب بها بمبلغ : ٤٠٥٥٣ جنيها مصريا ، وكذلك الفوائد القانونية بواقع ٤٪ سنويا من تاريخ المطالبة حتى تاريخ السداد ، وقمنا باثبات الدفع التالى :

«ندفع بسقوط حق جهة الادارة بمطالبة المدعى عليهما بمصروفات البعثة لانقضاء مدة التقادم الطويل قبل اقامة الدعوى ، وعدم قطع هذا التقادم بأى اجراء قانونى قاطع للتقادم» .

★ وقد استندنا الى أن المدعى عليه الأول حصل على درجة الدكتوراه فى أواخر عام ١٩٧٠ ولم ترفع وزارة التعليم العالى دعواها الا فى ١٩٨٧/٩/١٢ أى بعد فوات

أكثر من خمسة عشر عاما دون اتخاذ اى اجراء قاطع للتقادم خلال هذه المدة ، وبالبناء على ذلك فقد سقطت المطالبة على أساس التقادم الطويل . كما استند دفاعنا الى أنه لا مجال لاعمال أحكام المادة (١٨٧) مدنى التى كان يطالب بها النائب عن جهة الادارة ، (واستندنا الى حكم المحكمة الادارية العليا الصادر بجلستها المعقودة فى ١١/٥/١٩٨٠ فى الطعن رقم ٦٢٦ لسنة ٢٢ قضائية) ، وقد قبلت المحكمة الدفع سالف البيان . وصدر حكمها الحديث غير المنشور يوم الاثنين الموافق ١٧/١/١٩٩٣ وقضى بسقوط الحق المطالب به بالتقادم الطويل ، وقالت المحكمة فى حكمها (يضحى الدفع قائما على أساس سليم من القانون متعينا قبوله ، وألزمت جهة الادارة المصروفات .

(ثانيا) : العقود الادارية المسماة التى نص عليها قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ :

(١) عقد الالتزام بمرفق عام Le concession de Sevice Public :

هو عقد ادارى بمقتضاه يتعهد أحد الأفراد (أو احدى الشركات) بتكليف من الدولة أو احدى وحداتها الادارية العامة ، وطبقا للشروط التى توضع له ، بالقيام على نفقته وتحت مسئوليته المالية بأداء خدمة عامة للجمهور ، مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن ، واستيلائه على الأرباح المتفق عليها بعد سداده حصة الدولة وتكون عادة فى صورة الاذن له بتحصيل رسوم من المنتفعين .

(٢) عقد الاشغال العامة Le marché de travau Public :

هو عقد مقاولة بين شخص معنوى عام وفرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة فى عقار لحساب هذا الشخص المعنوى العام ، وتحقيقا لمصلحة عامة ، مقابل ثمن يحدد فى العقد مثل بناء خزان أو دور للمصالح الحكومية ، أو انشاء ترعة عمومية ، أو ردم برك أو التنظيف والكنس والرش فى الطرق العامة الخ ...

وطبقا للتعريف الذى ذكرناه يشترط فى الأشغال العامة أن تكون لحساب شخص معنوى ، وأن يكون موضوع هذه الأشغال عقارا لا منقولا ، وأن يكون العقار مخصصا لمرفق عام ، أو أن يكون الغرض منه على الأقل تحقيق منفعة عامة .

(٣) عقد التوريد : Le marché de Founitures :

وهو اتفاق بين شخص معنوى من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة ، يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوى العام ، يحتاج اليها مرفق عام ، مقابل ثمن يحدد فى العقد مثال ذلك العقود الخاصة بتوريد مواد حربية للجيش ، أو تموين لأحد المعاهد التعليمية ، أو مهمات أو أدوات مصالح حكومية الخ ...[١] .

ومما تجدر الاشارة إليه أن محكمة القضاء الادارى كانت تعتمد فى أول الأمر عن طبيعة عقد التوريد على مدى صلة العقد بالمرفق العام[٢] . أما الآن فإن المحكمة تحرص على إبراز الشرط الثالث والمميز للعقود الادارية وهو إحتواء العقد على شروط إستثنائية غير مألوفة حسبما سبق بيانه[٣] .

وهناك حكم لمحكمة القضاء الادارى صدر فى ١٧ مارس سنة ١٩٥٧[٤] يوحى ظاهره بأن عقد التوريد هو عقد إدارى باستمرار ، وقد إستند هذا الحكم فى حيثياته إلى مايلى حيث يقول : «قد يوحى قانون مجلس الدولة خلافا للواقع بأن عقد التوريد هو عقد إدارى باستمرار حيث أن المادة العاشرة من القانون الرقيم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ قد نصت على أن يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى دون غيره فى المنازعات الخاصة بعقود الالتزام ، والأشغال العامة والتوريد ، أو بأى عقد إدارى آخر ، فعقد التوريد من العقود الادارية المسماه بنص القانون .

ويلاحظ أن عقد التوريد قد يختلط بعقد آخر فيسرى على كل من العقدين نظامه القانوني المتعلق به ، وقد أيدت المحكمة الادارية العليا ذلك الاتجاه فى حكمها الصادر فى ٢٥ يناير سنة ١٩٦٩ .

وجدير بالاحاطة أن هناك عقود تسمى عقود التوريد الصناعية marché de Fabrication ou industrieles حيث يقوم بجوار التسليم عنصر آخر هو عنصر صناعة البضائع المتفق على توريدها . ومن ثم يكون للادارة حرية كبيرة فى التدخل أثناء إعداد تلك البضائع للتثبت من صلاحيتها[٥] .

---

(١) جدير بالذكر أننا سوف نعود الى الكلام عن هذه العقود وعرض تطبيقات لها من خلال الأبواب التالية لهذا الباب المتعلق بالتعريف .

(٢) محكمة القضاء الادارى فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٢ .

(٣) محمة القضاء الادارى فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦ .

(٤) محكمة القضاء الادارى فى ١٧ مارس سنة ١٩٥٧ فى الدعوى رقم ١٨٢٧ لسنة ١٠ ق .

(٥) دكتور/ سليمان محمد الطماوى – مرجع سابق – ص ١٣٩ .

وبهذه المناسبة فقد قضت المحكمة الادارية العليا فى حكمها بتاريخ ١٦ يناير سنة ١٩٨٢ بشأن الإجراءات التى تتخذ فى حالة تراخى متعهد التوريد فى تنفيذ التزاماته فى الميعاد المنصوص عليه فى العقد الإدارى حيث تقول :

«من حيث أن المادة ١٠٥ من لائحة المناقصات والمزايدات (المعدلة بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣) بعد أن رخصت للادارة فى توقيع غرامة التأخير على المتعهد الذى تراخى فى التوريد فى الميعاد المنصوص عليه فى العقد الادارى أجازت للادارة فى حالة استمرار المتعهد على حالة من الامتناع أو التأخير عن التوريد فى الميعاد المحدد بالعقد أو خلال المهلة الاضافية أن تتخذ أحد الاجراءين التاليين وفقا لما تقتضيه المصلحة العامة : أولا : ....

ثانيا : انهاء التعاقد بالنسبة للاصناف التي تخلف المتعهد عن توريدها فى المواعيد والمهل الاضافية ومصادرة التأمين المدفوع أو مطالبته به أن لم يكن قد سبق له أداء التأمين بما يوازى ١٠٪ من قيمة الاصناف التى لم يتم توريدها . فذلك حق للادارة يرتبط بسلطتها التقديرية ولا تكلف الادارة فى هذه الحالة باثبات الضرر لأن الضرر مفترض بفرض غير قابل لاثبات العكس . ولما كان التأمين فى العقد الادارى قد شرع أصلا لمصلحة الادارة ومن لحمايتها ومن ثم لا يتصور أن يكون قيدا عليها أو ضارا بحقوقها أو معوقا لجبرها ومانعا لها من المطالبة بالتعويضات المقابلة للاضرار الأخرى التي تكون لحقتها من جراء اخلال المتعاقد معها بتنفيذ شروط العقد الادارى ، فان للادارة أن تصادر التأمين فى حالة انهاء التعاقد مع المتعاقد الذى تراخى عن تنفيذ العقد الادارى فى حدود ١٠٪ من قيمة الاصناف التى أنهت الادارة التعاقد عنها ، وللادارة الرجوع على المتعاقد بالتعويض عن الأضرار المترتبة على امتناعه أو تراخيه فى التنفيذ سواء فى حدود ١٠٪ من قيمة الأصناف التى أنهت التعاقد عنها أو بما يجاوز تلك القيمة ويجبر الأضرار الحقيقية والفعلية التى لحقت بها من جراء عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية»[1] .

وجدير بالذكر أن التأمين فى عقد التوريد الادارى وفى غيره من العقود الادارية

---

(١) المحكمة الادارية العليا – حكم رقم ٢٥١ – ٢٩٠ لسنة ٢٥ ق – ولكن الحكم ذاته عاد فاعتبر أن مصادرة التأمين بما يوازى ١٠٪ من قيمة الأصناف التى أنهى التعاقد عنها هو التعويض المستحق للادارة فى خصوصية تلك المنازعة . (يراجع الحكم بمؤلف الدكتور/ عبد المجيد فياض «العقد الادارى فى مجال التطبيق» ط/ ١٩٨٣ ص ٣٠٥) .

هو ضمان لتنفيذ العقد الادارى ولا يمكن تصور هذا الضمان مالم يكن للادارة حق مصادرة التأمين ، فلجهة الادارة حق مصادرة التأمين عند اخلال المتعاقد بتنفيذ شروط العقد دون حاجة الى اثبات ركن الضرر ، لأن ركن الضرر مفترض في العقد الادارى والتأمين يمثل الحد الأدنى للتعويض[1] .

ويلاحظ أن التعويض المستحق عن اخلال المتعاقد عن تنفيذ العقد يمثل مسئولية عقدية وليست مسئولية عن العمل غير المشروع ، والحق فى التعويض فى هذه الحالة لايتقادم الا بخمس عشرة سنة[2] .

● ● ●

(١) حكم محكمة القضاء الادارى فى الدعوى رقم ٩٧٤ لسنة ١٤ ق مشار اليه بمجموعة المبادىء القانونية التى قررتها محكمة القضاء الادارى – السنة ٢٦ – مرجع سابق – ص ١١٦ – ١١٨

(٢) المرجع السابق – ص ١١٨ – ١١٩ .

البــــاب الثــــانى

المبادىء القانونية المتعلقة بالمناقصة العامة
وغيرها من العقود الادارية مع تطبيقات قضائية

البـاب الثـانى

المناقصـة العامـة باعتبـارها من أهم العقود الاداريـة

تمهيد :

سبق لنا التعريف بالعقود الادارية بايجاز عندما تصدينا لهذا التعريف ، ونظرا لما للمناقصة العامة من أهمية كبيرة من الناحية العملية ، نعود الى ذكر أحكامها القانونية .

الفصـل الأول

الاعلان عن المناقصـة العامة والإجراءات الادارية فى شأن التعاقد على أساسها

طبقا للمادة (١٥) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ، يجب الاعلان عن المناقصة العامة فى الوقت المناسب فى الوقائع المصرية كما ينشر عنها مرتين فى جريدة أو جريدتين عربيتين يوميتين واسعتى الانتشار ، وإذا كانت قيمة المناقصة تزيد على ٥٠٠٠٠ جنيها فينشر عنها ثلاث مرات ، ويجب أن يبين فى الاعلان الجهة التى تقدم اليها العطاءات ، وآخر موعد لتقديمها والصنف أو العمل المطلوب وقيمة التأمين الابتدائى والنهائى وثمن النسخة من شروط العطاء ، وأية بيانات أخرى تراها جهة الادارة ضرورية لصالح العمل ، ويجب الاعلان عن المناقصات الخارجية فى مصر والخارج .

★ وتحدد مدة قدرها ثلاثون يوما على الأقل لتقديم العطاءات فى المناقصات العامة وذلك من تاريخ أول اعلان عن المناقصة فى الوقائع المصرية ، ويجوز بترخيص من رئيس الإدارة المركزية المختص تقصير هذه المدة بشرط ألا تقل عن خمسة عشر يوما اذا دعت الضرورة الى ذلك ، ولا يسرى ذلك التقصير على المناقصات العامة المتعلقة بالتوريدات السنوية الا فى حالة اعادة طرحها ، وتحدد أقل مدة ممكنة لسريان العطاءات بحيث لا تزيد على شهر إلا فى حالات الضرورة القصوى التى تحتمها طبيعة وظروف موضوع المناقصة بموافقة رئيس الادارة

المركزية المختص ، ونحسب مدة سريان صلاحية العطاءات إعتبارا من التاريخ المحدد لفتح المظاريف ، على أن يتم البت فى المناقصة والاخطار فى حالة القبول قبل انتهاء مدة صلاحية سريان هذه العطاءات ، فاذا تعذر ذلك فعلى الجهة الادارية تطلب فى الوقت المناسب الى مقدمى العطاءات قبول مد مدة صلاحية سريان عطاءاتهم الى المدة اللازمة .

ويجب أن تعد كل جهة قبل الاعلان عن المناقصات كراسة خاصة بشروط العطاءات وقوائم الاصناف أو الأعمال وملحقاتها ، ويتم طبعها وتوزيعها بعد ختمها واعتماد مدير المشتريات لها الى من يطلبها وفقا للقواعد وبالثمن الذى تحدده الجهة الادارية بشرط أن يكون بالتكلفة الفعلية لكراسة شروط العطاءات والمواصفات وكافة المستندات الملحقة بها مضافا اليه نسبة مئوية لاتزيد على ٢٠٪ كمصروفات ادارية ، ويتبع بشأن هذه الكراسات الاجراءات المخزنية المعمول بها من حيث الاضافة والصرف والالغاء . **وتترجم كراسة الشروط والقوائم والمواصفات فى حالة المناقصات الخارجية مع ذكر أن النص العربى هو المعول عليه فى حالة الخلاف أو الالتباس فى مضمونها ، وفى حالة الغاء المناقصة قبل الميعاد المحدد لفتح المظاريف يرد الى المشترى ثمن كراسة الشروط والقوائم والمواصفات وملحقاتها بناء على طلبه ، وذلك بشرط أن يعيدها كاملة الى الجهة المختصة .**

★ ونتناول الخطوات الادارية المتبعة منذ فتح المظاريف وحتى اعتماد المناقصة وحرية الادارة فى اختيار المتعاقد ، مع ذكر تطبيقات من أحكام محكمة القضاء الادارى وذلك على النحو التالى :

(١) تشكيل لجنة فتح المظاريف :

★ يكون تشكيل لجنة فتح المظاريف بقرار من رئيس الادارة المركزية برئاسة موظف تتناسب وظيفته ودرجته مع أهمية المناقصة وعضوية مدير القسم المختص وموظف فنى بالنسبة الى مقاولات الأعمال ، وعضوية مدير المشتريات أو نائبه بالنسبة الى المشتريات ، ويحضر اللجنة مندوب ادارة الحسابات ليتسلم التأمينات ، ويجوز أن ينص القرار على ضم موظف آخر أو أكثر الى عضوية اللجنة[١] .

---

(١) يتعين قبل موعد اجتماع لجنة فتح المظاريف ندب موظف ليتسلم العطاءات التى وردت الى قسم الوارد والى القسم المختص ووضعها بداخل صندوق للعطاءات الموجودة بكل جهة ادارية-

★ ويقوم رئيس لجنة فتح المظاريف بفتح صندوق العطاءات فى الساعة الثانية عشرة ظهرا فى اليوم المعين لفتح المظاريف كآخر موعد لتقديم العطاءات وعليه اتخاذ الاجراءات القانونية(★)

- والذى تعد فتحته بطريقة لاتسمح باخراج أى شىء من محتوياته ويكون له قفلان يحفظ مفتاح احدهما لدى رئيس الجهة أو من ينيبه والثانى لدى مدير المشتريات أو رئيس القسم المختص

★ كما يجب على قسم الوارد القيام بالتسليم الفورى لما يرد اليه من عطاءات الى لجنة فتح المظاريف صباح اليوم المحدد لفتح المظاريف وحتى الساعة الثانية عشرة ظهرا موعد فتح المظاريف .

مراجع المواد ١٧ ، ١٨ ، ١٩ ، من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ باصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية» .

★ تتمثل هذه الاجراءات فيمايلى :

(١) اثبات الحالة التى وردت عليها العطاءات بعد التحقق من سلامة الأختام .

(٢) اثبات عدد المظاريف فى محضر فتح المظاريف .

(٣) فض العطاءات بالتتابع وكل عطاء يفتح مظروفه يضع رئيس اللجنة عليه وعلى مظروفه رقما مسلسلا على هيئة كسر اعتيادى بسطه رقم العطاء ومقامه عدد العطاءات الواردة .

(٤) ترقيم الأوراق المكونة منها العطاء واثبات عدد تلك الأوراق .

(٥) قراءة اسم مقدم العطاء والأسعار وجملة العطاء على الحاضرين من مقدمى العطاءات أو مندوبيهم .

(٦) اثبات جملة العطاءات بالتفقيط وقيمة التأمين المؤقت المقدم .

(٧) التوقيع منه ومن أعضاء اللجنة على العطاء ومظروفه وكل ورقة من أوراقه على أن تثبت هذه البيانات فى السجل المعد لذلك

(٨) التأشير بدائرة حمراء حول كل كشط أو تصحيح مع وضع خط أفقى قرين كل صنف لم يوضع له سعر بالعطاء والتأشير عليه ويجب اثبات كل كشط أو تصحيح وضع حوله دائرة حمراء بمحضر لجنة فتح المظاريف مع بيان مابداخل الدائرة الحمراء تفصيلا .

(٩) تفقيط الأرقام الغير مفقطة بالحبر الأحمر .

(١٠) التوقيع منه ومن أعضاء اللجنة على جميع هذه التأشيرات .

(١١) التوقيع منه ومن جميع أعضاء اللجنة على محضر اللجنة بعد اثبات كافة الخطوات المتقدمة .

(١٢) تسليم التأمينات لمندوب الحسابات بعد توقيعه بالاستلام على محضر فتح المظاريف كما يوقع رئيس الحسابات فى نفس اليوم أو فى اليوم التالى على الأكثر بما يفيد مراجعته للتأمينات الواردة بها وبأنها قيدت بالحساب المختص

(١٣) ارفاق العطاءات وجميع الأوراق الخاصة والمظاريف التى وردت فيها بمحضر اللجنة وتسليمها لمدير المشتريات أو نائبه أو لرئيس القسم المختص وذلك لحفظها فى خزانة مقفلة

(١٤) مراجعة العينات المقدمة من مقدمى العطاءات على الكشف الذى دونت به هذه العينات عند ورودها .

★ ولا يلتفت الى أى عطاء أو تعديل فيه يرد بعد الموعد المعين لفتح المظاريف ولو كان مرسلا من مقدم العطاء فى تاريخ سابق لفتح المظاريف على أن يراعى تقديمه فور وصوله الى رئيس اللجنة لفتحه والتأشير عليه بساعة وتاريخ وروده ثم يدرج فى كشف العطاءات المتأخرة ، ومع ذلك يجوز للوزير المختص بعد موافقة لجنة البت النظر فى التجاوز عن التأخير فى الحالات التى ترد فيها العطاءات المرسلة بطريق البريد قبل انتهاء لجنة فتح المظاريف من عملها وبشرط أن يكون التأخير لأسباب خارجة عن ارادة صاحب العطاء وأن يكون العرض المتأخر فى صالح الخزانة .

أما اذا ورد العطاء بعد انفضاض لجنة فتح المظاريف فلا يجوز قبوله .

★ وفى جميع الأحوال يعمل بأى خفض فى الأسعار الواردة بالعطاء يصل للجنة قبل انتهاء الميعاد المعين لفتح المظاريف .

(٢) اختصاص ادارة المشتريات :

تتولى ادارة المشتريات أو القسم المختص فرز عينات كل صنف وقيدها بالسجل الخاص بالعينات ويجب أن يبين بهذا السجل تاريخ المناقصة ونوعها ، وعلى مدير المشتريات أو رئيس القسم أن يرسل فورا أو فى خلال اليومين التاليين على الأكثر لتاريخ فتح المظاريف ما يقتضى ارساله منها الى المعمل الفنى الحكومى أو الى الجهة الفنية المختصة حتى يتسنى اجراء التحليل المطلوب على وجه السرعة وعند ورود التقارير الخاصة بها تدون جميع البيانات بالسجل المذكور أمام كل عينة ليعرض على لجنة البت .

★ ويلاحظ أن العينات المقدمة مع العطاءات التى لا يمكن بحسب طبيعتها التحقق من مطابقتها للمواصفات أو العينات النموذجية بالمعاينة البسيطة فيجب ارسالها الى المعمل الفنى الحكومى المختص أو الى الجهة الفنية المختصة لفحصها واختيارها اذا كانت قيمة الصنف الواحد تزيد على ألفى جنيه ويعتبر الصنف واحدا ولو اختلفت أوزان أو مقاسات أو ألوان وحداته ، وعلى مدير المشتريات أو رئيس القسم المختص أن يضع عليها أرقاما سرية (مع مراعاة تعليمات الجهة الفاحصة) ويرسل معها كشفا تفصيليا ببيان مفرداتها والغرض الذى من أجله يراد شراء الصنف ومقدار الكمية المطلوبة وثمنها[١] .

---

(١) يراعى ترتيبها فى الكشف ترتيبا تصاعديا على أساس الأسعار المقدمة ويجب توضيح ما قد يوضع عليها من أرقام سرية وأختام وتوقيعات لتميزها ولضمان عدم استبدال غيرها بها - ومع -

واذا شكا مقدم العطاء من حصول خطأ مادى فى عطائه فيكون الفصل فى الشكوى من اختصاص لجنة البت والوزير المختص بعد استطلاع رأى اللجنة المختصة فى مجلس الدولة اذا اقتضى الأمر ذلك .

ويكلف مدير المشتريات أو رئيس القسم المختص موظفا أو أكثر تحت اشرافه بتفريغ العطاءات على الاستمارة المعدة لذلك من ثلاث صور وعليه أن يعيد ايداعها فى آخر كل يوم فى الخزانة المقفلة لحين الانتهاء من التفريغ وتدون جميع ملاحظات واشتراطات مقدمى العطاءات التى تخالف اشتراطات جهة الادارة ، **ويجب أن تتم هذه العملية فى أقل وقت ممكن حتى يتسنى البت فى المناقصة قبل انقضاء مدة سريان العطاءات كما يجب أن يؤشر على الكشف برقم وقيمة اعتماد البند المختص فى الموازنة .**

وتعمل مطابقة للعطاءات على كشوف التفريغ من اثنين من المراجعين وتوقع بما يفيد هذه المطابقة ثم تقدم الى لجنة البت .

(٣) اختصاص لجنة البت فى العطاءات :

يكون تشكيل لجان البت بقرار من سلطة الاعتماد المختصة برئاسة رئيس الادارة المركزية أو المدير العام المختص أو من يندبه وعضوية.مدير ادارة المشتريات ومندوب فنى أو أكثر من داخل الجهة أو خارجها من ذوى الخبرة فى الاصناف أو الأعمال المطلوب توريدها أو تنفيذها وممثل للادارة المالية والادارة القانونية بالجهة الادارية على أن تتناسب وظائف الأعضاء وخبراتهم مع أهمية موضوع التعاقد .

- ذكر التاريخ المعين للبت فى المناقصة وذلك لكى تقوم الجهة الفاحصة بفحصها وموافاة الجهة المختصة بنتيجة الفحص قبل التاريخ المذكور بوقت كاف ويسمح بفحص العطاءات على ضوء تقرير المعمل عن العينات ورفع التوصيات اللازمة للجنة البت فى المناقصة فى الميعاد المحدد . وعلى جهة الفحص الفنى أن تقوم بفحص العينات واختيارها بالتتابع وأن تختمها وتضع عليها أرقاما سرية أخرى لتميزها وترسل عنها تقريرا وافيا بالنتيجة يبين به نسبة الجودة مئوية لكل عينة تم تحليلها وذلك للوصول الى أرخص عطاء يثبت من التحليل أو العينة المقدمة منه تتفق والمواصفات وعلى مدير المشتريات أو رئيس القسم المختص أن يتحقق من حفظ تقارير المعمل الفنى التى ترد تباعا بملفات المناقصات بعد اثباتها فى السجل الخاص بذلك ، وقبل عرضها على لجنة الفحص وكذلك التأشير أمام كل تقرير برقم الملف المحفوظة فيه .

★ ويكلف موظف مسئول أو أكثر بمراجعة العطاءات قبل تفريغها مراجعة حسابية تفصيلية والتوقيع عليها بما يفيد هذه المراجعة واذا وجد اختلاف بين سعر الوحدة وإجمالى سعر الوحدات يعول على سعر الوحدة ، ويؤخذ بالسعر المبين بالتفقيط فى حالة وجود اختلافات بينه وبين السعر المبين بالأرقام وتكون نتيجة هذه المراجعة هى الأساس الذى يعول عليه فى تحديد قيمة العطاء وترتيبه .

على أن يمثل وزارة المالية فى لجان البت المديرون الماليون بالمحافظات أو المراقبون الماليون بالوزارات أو من يندبه كل منهم وبالنسبة لغيرهم من الجهات فيكون تمثيل وزارة المالية بمن تندبه لذلك على أن يمثل مجلس الدولة أحد أعضاء ادارة الفتوى المختصة يندبه رئيسها فى الحدود المنصوص عليها بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات .

★ وعلى لجنة البت أن تتأكد من مطابقة كشوف التفريغ للعطاءات ذاتها وعليها أن تفحص العينات والفئات وتقارنها بعضها ببعض ويجب عليها أن تبين بالتفصيل الكافى على كشف تفريغ العطاءات أوجه النقص والمخالفة للشروط أو المواصفات فى العطاءات التى رأت عدم الأخذ بها .

وعلى اللجنة تدوين مناقشتها فى محضر يثبت فى سجل خاص وترافق أوراق المناقصة صورة من المحضر مؤشر عليها من رئيس اللجنة بما يفيد مطابقتها للأصل .

ويجب عند البت فى العطاءات أن تسترشد اللجنة بالأثمان الأخيرة السابق التعامل بها محليا أو خارجيا ويجب بيان هذه الأثمان بكشف التفريغ مع ذكر تاريخ التعامل كما يجب الاسترشاد أيضا بأسعار السوق ، ويقع على عاتق ادارة المشتريات مسئولية الحصول على هذه الأسعار .

وعلى اللجنة اذا رأت الغاء المناقصة واعادتها لارتفاع الأسعار أن يكون ذلك بقرار مسبب تفصيلا وأن ترافق أوراق المناقصة الملغاة أوراق المناقصة الجديدة .

ويجب حساب الأسعار على قاعدة واحدة هى قاعدة تسليم الأصناف بمخازن الجهة الادارية خالصة جميع المصروفات والرسوم مع مراعاة أسعار النقد الأجنبى ومصاريف تحويل العملة وغيرها حتى يمكن عمل مقارنة دقيقة بين العطاءات .

وتجرى المفاوضة والبت فى نتيجتها وفقا لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات بقرار من السلطة المختصة بالاعتماد بعد موافقة لجنة البت . على أنه اذا اختلف رأى لجنة البت أو رأى أغلبيتها مع رأى رئيس الادارة المركزية أو المدير العام المختص حول استبعاد بعض العطاءات أو اعتبار العطاء أصلح العطاءات لارساء المناقصة على مقدمة أو اجراء أو عدم اجراء المفاوضة أو غير ذلك فيعرض الأمر على السلطة الأعلى مباشرة للبت فيه نهائيا .

أما اذا اختلف أعضاء اللجنة فى الرأى فيجب اثبات أوجه الخلاف فى المحضر ويكون الفصل فى ذلك للسلطة التى لها حق اعتماد نتيجة المناقصة ، وفى حالة

الاختلاف فى الراى مع المندوب الفنى فيجوز لرئيس اللجنة أن يطلب مندوبا أخر للانضمام الى المندوب الأول للاسترشاد برأيه فاذا أتفق رأيهما يؤخذ به وأن اختلفا بعرض الأمر على رئاستهما لترجيح أحد الرأيين .

وترفع لجنة البت توصياتها موقعة من جميع أعضائها ومن رئيسها للاعتماد من السلطات الآتية .

(أ) المدير العام اذا كانت قيمة المناقصة لا تزيد على ٥٠٠٠٠ جنيه (خمسين ألف جنيه) .

(ب) رئيس الادارة المركزية اذا لم تزد القيمة على ٢٠٠٠٠٠ جنيه (مائتى ألف جنيه) .

(جـ) الوزير المختص أو من يمارس سلطاته فيما يزيد على ذلك .

ويراعى فى المناقصات التى تقل قيمتها عن خمسة آلاف جنيه تشكل لجنة بقرار من المدير العام المختص برئاسة موظف مسئول وعضوية موظفين تتناسب وظائفهم وخبراتهم مع موضوع المناقصة وتقوم هذه اللجنة بفتح المظاريف وفحص العطاءات وتفريغها والبت فى المناقصة بعد اتمام اجراءات الفحص أو التحليل وتدوين رأيها على كشف التفريغ مع اعتماد توصيات اللجنة من السلطة المصدرة لقرار التشكيل

(٤) شروط قبول العطاء الوحيد :

يجوز بموافقة سلطة الاعتماد المختصة قبول العطاء الوحيد عند توافر الشرطين التاليين :

(الشرط الأول) : أن تكون حاجة العمل لا تسمح باعادة طرح المناقصة ، أو ألا تكون ثمة فائدة ترجى من اعادتها .

(الشرط الثانى) : أن يكون العطاء الوحيد مطابقا للشروط ومناسبا من حيث السعر[1]

---

(١) القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ باصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية - مادة (٣٣ فقرة ثانية)

•الفصل الثانى

الغاء المناقصة العامة طبقا لحكم المادة «٣٣» من القانون ٩ لسنة ١٩٨٣ ، وشروط الغاء المزايدة واجراءات تحرير العقد ، واختصاص لجنة البت فى مفاوضة أصحاب العطاءات

★ طبقا للمادة ٣٣ تلغى المناقصة فى الحالات المنصوص عليها بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات بقرار مسبب من سلطة الاعتماد المختصة ، كما يجوز موافقة تلك السلطة قبول العطاء الوحيد فى الحالتين التاليتين وهما :

(أ) أن تكون حاجة العمل لا تسمح باعادة طرح المناقصة ، أو لا تكون ثمة فائدة ترجى من اعادتها .

(ب) أن يكون العطاء الوحيد مطابقا للشروط ومناسبا من حيث السعر . ونورد بعض التطبيقات القضائية فى هذا الشأن على النحو التالى :

(أولا) : موجز الحكم المتعلق بالغاء المناقصة وتقول المحكمة الادارية العليا :

«ان اللائحة المالية للشركة المصرية للحوم والدواجن المجمدة الصادرة فى ١٩٧٨/٣/٤ - الأصل أن تتم كافة المشتريات عن طريق مناقصة يعلن عنها - يجوز فى حالة الضرورة والاستعجال اللجوء الى طريق الممارسة ، كما يجوز أن يتم الشراء فى هذه الحالات بالأمر المباشر ، والمادة (٥٥) من اللائحة المالية للشركة تجيز الغاء المناقصة بعد النشر عليها وقبل البت فيها اذا اقترنت العطاءات كلها أو بعضها بتحفظات ولم تسفر المفاوضات مع مقدمى هذه العطاءات عن التنازل عن تلك التحفظات ولا تثريب على الشركة فى الغائها للمناقصة بعد أن تبين أن بعض العطاءات تقدمت بأسعار تقل كثيرا عن أسعار السوق نتيجة للمضاربة بين المقاولين مما يدل على عدم الجدية ويهدد بتوقف العمل ، اذا ما أسند لأى من مقدمى هذه العطاءات واذا قرر مجلس الادارة فى ضوء هذه الظروف الغاء المناقصة المعلن عنها فانه يكون قد استعمل حقا تجيزه اللائحة المالية للشركة»[1] .

---

(١) مجموعة أحكام المحكمة الادارية العليا - السنة ٣٢ - جزء ثان من أول مارس ١٩٨٧ وحتى ٣٠ سبتمبر ١٩٨٧ - ص ١١٦١ - ١١٦٢ .

(ثانيا) : موجز الحكم المتعلق بالغاء المزايدة لانخفاض الأسعار :

واذا رأت لجنة البت أن أعلى العطاءات سعرا فى المزايدة يقل عن أسعار السوق مما يستوجب الغاء المزايدة واعتمدت توصيتها من السلطة المختصة ولم يثبت ثمة انحراف بالسلطة ، فإن القرار الصادر بالالغاء يكون صحيحا . وأساس ذلك أن المشرع استهدف من الغاء المزايدة فى مثل هذه الحالات تحقيق مصلحة الخزانة العامة فيما يعود عليها من الفرق بين قيمة أعلى عطاء والقيمة السوقية[1] .

ويجوز للجنة البت مفاوضة أصحاب العطاءات الأقل المقترن بتحفظات ، كما قضى بأنه للنزول عن تحفظاتهم أو بعضها بما يجعل عطاءاتهم متفقة مع شروط المناقصة بقدر الامكان – كما يجوز للجنة البت مفاوضة صاحب العطاء الأقل غير المقترن بتحفظات للنزول بعرضه فى مستوى أسعار السوق ، وتجرى المفاوضة فى الحالتين المشار اليهما من السلطة المختصة .



ضرورة اخطار من قبلت أو رفضت عطاءاتهم

يجب على مدير المشتريات اخطار مقدمى العطاءات الذين قبلت عطاءاتهم ، بنتيجة المناقصة وذلك خلال أسبوع واحد على الأكثر من تاريخ اعتماد نتيجة المناقصة .

★ ويجب أن يطلب فى الاخطار ذاته ايداع التأمين النهائى خلال المدة المحددة وكذلك الحضور لتوقيع العقود ، وترافق العقود صورة طبق الأصل من هذه الأخطارات وترسل صورة منها الى مدير المخازن أو الى القسم المختص حسب الأحوال ، كما يجب اخطار مقدمى العطاءات التى تم استبعادها أو غير المقبولة بأسباب الاستبعاد أو عدم القبول .

اجراءات التعاقد وتحرير العقد

يجب أن يحرر عقد عن توريد الأصناف أو تنفيذ الأعمال أو النقل أو الخدمات المعلن عنها بمناقصات عامة متى بلغ مجموع قيمة ما رسا توريده أو تنفيذه ألفى

---

(١) مجموعة أحكام المحكمة الادارية العليا - السنة ٣٢ - جزء أول من أول أكتوبر ١٩٨٦ حتى فبراير ١٩٨٧ – ص ٢٨٦ - ٢٩١ .

جنيه ، اما فيما يقل عن ذلك فيمكن الاكتفاء بأخذ اقرار مكتوب شاملا كافة الضمانات اللازمة لتنفيذ التعاقد مع تحصيل التأمين النهائى[1] .

اعتماد المناقصة ومدى حرية الادارة فى اختيار المتعاقد والقواعد العامة التى أرستها محكمة القضاء الادارى فى إجازة البيع مباشرة للوزارات والمصالح وانطباق ذلك على شركات القطاع العام دون شركات القطاع الخاص .

أن قرار لجنة البت بارساء المناقصة على أحد المتقدمين ليس الخطوة الأخيرة فى التعاقد ، بل ليس الا اجراء تمهيديا . أما عملية التعاقد فانها خطوة أخرى ، لاحقة ، وتختص بها هيئة أخرى ، قد تكون رئيس المصلحة أو رئيس الادارة المركزية أو الوزير المختص حسبما حددته المادة ٣١ من اللائحة الجديدة .

المسلم به أن التزامات الادارة لا تبدأ الا من هذه اللحظة أما قبل ذلك فان التعاقد يكون فى دور التكوين . وكل ما يترتب على قرار لجنة البت نتيجة واحدة ، وهى التزام الادارة بألا تتعاقد الا مع من يرسو عليه المزاد أو المناقصة ، وهذا هو ما يعرف بآلية المزاد (أو المناقصة) .

تطبيقات قضائية من أحكام مجلس الدولة الفرنسى ومحكمة القضاء الإدارى المصرية :

★ فى مقابل هذه الآلية ، جرى قضاء مجلس الدولة الفرنسى على تخويل الادارة حق العدول عن التعاقد اطلاقا . بالغاء المناقصة اذا رأت أن المصلحة العامة فى هذا العدول ، حتى لا تجبر الادارة على التعاقد مع شخص لاتريده .

---

(١) يحرر العقد من ثلاث نسخ على الأقل يسلم نسخة منها لادارة الحسابات ومعها جميع العطاءات وصورة من كشف التفريغ للمراجعة عليها وتسلم نسخة للمتعهد وتحفظ النسخة الثالثة بالادارة المختصة بالتنفيذ . ويجب أن يبين على كل صورة قيمة التأمين النهائى ونوعه وتاريخ توريده . ويقوم المتعهد ورئيس القسم المختص أو مدير المشتريات بالتوقيع على العينات النموذجية والعينات المقبولة وختمها بالشمع الأحمر على أن يكون وضع الأختام بطريقة لا يمكن معها تغيير العينات ، ويجب على جهة الادارة ابلاغ مصلحة لضرائب عن كل الصفقات أو الأعمال التى تجريها الجهة على أن يشمل التبليغ البيانات الآتية :

(١) اسم المتعاقد ثلاثيا . (٢) عنوان المنشأة وقسم الشرطة التابعة له . (٣) القيمة الاجمالية للعقد . (٤) طبيعة التعاقد والمدة التى يتم فيها تنفيذه والتاريخ المحدد لنهايته . (٥) رقم السجل التجارى الخاص بالمتعاقد ورقم البطاقة (شخصية أو عائلية) وتاريخ اصدارها . (٦) رقم البطاقة الضريبية .

★ وبهذه فقد فسرت محكمة القضاء الادارى حالتى المفاوضة المشار اليها بحكمها الصادر فى القضية ٧٥٣ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٥٧/٤/٢٨ وسنعرضه بالباب المتعلق بتفسير العقد الادارى .

ومن ثم فانه من الأهمية أن نحدد دور كل من لجنة البت وجهة الادارة المختصة بالتعاقد فيما يتعلق باختيار المتعاقد .

★ وقد أتيح لمحكمة القضاء الادارة المصرية أن تبرز ذلك وتوضحه فى صورة مفصلة فى كثير من أحكامها والتى تستقى منها الاحكام التالية :

الحكم الأول :

«ان لجنة البت ... تختص باتمام الاجراءات المؤدية الى تعيين من ترسو عليه المناقصة بعد تحقيق شروطها توطئه لاطلاع جهة الادارة بمهمتها الخاصة بابرام العقد . واختصاص اللجنة فى هذا الصدد اختصاص مقيد تجرى فيه على قواعد وضعت لصالح الادارة والأفراد على السواء بقصد كفالة احترام مبدأ المساواة بين المتنافسين جميعا . وقد أجملت المواد من ٣ الى ٦ من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ وأحكام لائحة المخازن والمشتريات (التى كانت سارية قانونا قبل صدور اللائحة الجديدة) هذا الاختصاص .

وينتهى عمل هذه اللجنة بتقرير أصل العطاءات عن طريق اختيار المناقص الذى تقدم .

ثم يأتى بعد ذلك دور جهة التعاقد وهى الجهة المختصة بابرام العقد مع المناقص الذى وقع عليه اختيار لجنة البت» . .

وتستطرد المحكمة قائلة : «...... ومن حيث أن على هدى مما تقدم لايمكن القول باعتبار قرار لجنة البت ، بارساء المناقصة - أو المزايدة - بمثابة القبول فى العقود ويؤدى الى اتمام التعاقد حتما مع صاحب العطاء الذى اختارته اللجنة ، اذ أن هذه المرحلة النهائية تترتب على أجراء لاحق هو المصادقة على ارساء المناقصة من الجهة الادارية المختصة . وهى جهة التعاقد التى تملك وحدها اصدار القبول تأسيسا على أن القبول الذى يعتد به هو الذى يصدر ممن يملك التعاقد . على أنه اذا جاز ادماج لجنة البت فى نطاق اجراءات القبول فهو لا يعدو أن يكون قبولا مؤقتا ، أو هو قبول معلق على إعتماد من الجهة المختصة بابرام العقد ، فاذا اعتمدته ورأت ابرام العقد ، أصبح القبول نهائيا ، والقول بغير ذلك ، وبأن قرار لجنة البت هو بمثابة القبول فى العقود ، قولا لا يتفق مع نصوص

القانون وغرض الشارع فيما استهدفه من تنظيم اداری لاجراءات التعاقد ، من مقتضاه ان تتولى هذه الاجراءات ثلاث جهات لكل منها اختصاص معين يتفق مع طبيعة عملها . وتنتهی الاجراءات الى الجهة الادارية المختصة بابرام العقد . فهی وحدها التی تملك قبول التعاقد أو رفضه . كما أن القول بأن قرار لجنة البت بارساء العطاء يعتبر قبولا يتم معه التعاقد .... هذا القول يؤدی الى تعطيل حق جهة الادارة فی الغاء المناقصة اذا قامت دواعی هذا الالغاء وأسبابه ، حيث يحتج عليها بأن الالغاء يعتبر فسخا للعقد الذی تم ، وهو أمر لايمكن التسليم به ، ويتعارض مع حكم القانون ، لأن حق الغاء المناقصة حق مقرر لجنة الادارة طبقا لنص المادة السابعة من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ ..... .

ولجنة البت هی المرجع النهائی فيما يتعلق بنتيجة المناقصة ، وذلك تأسيسا على أنها الجهة التی تتجمع بين أيديها جميع العناصر الضرورية واللازمة للبت فی أفضل عطاء بعد اجراء المفاضلة والمقارنة بين جميع أصحاب العطاءات ، وهی بحكم تشكيلها تضم من رجال الادارة أصحاب الفن والخبرة والذين يمكنهم الوصول الى اختيار أحسن المتقدمين فی العطاء سواء من الناحية المالية أو الفنية أو الادارية ، وسلطتها فی هذا الخصوص هی سلطة مقيدة ، فلا تملك تعديل شروط المناقصة ، وانما تصدر قرارات بقبول العطاءات أو برفضها وبترتيب المتقدمين للعطاء وبارساء العطاء أو بالغاء المناقصة اذا ما عرض عليها ذلك رئيس المصلحة للأسباب المبررة لذلك قانونا ، كما أن يؤخذ رأيها فی حالة المناقصة طبقا للمادة الخامسة من المرسوم بقانون (السارى قبل القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤) ويترتب قانونا على ارساء العطاء تعيين صاحب العطاء الأفضل الذی سيبرم معه العقد واستبعاد باقی المتقدمين وتحللهم من التزامهم بالايجاب . أما من رسا عليه العطاء ، فلا يتغير مركزه القانونی ، فيبقى ايجابه قائما حتى يعقد العقد ، أو ينتهی الميعاد المحدد فی قائمة الشروط لانتهاء مدة الالتزام بالعطاء ، والخطوة التالية لارساء العطاء هی ابرام العقد بمعرفة السلطة المختصة بذلك قانونا . ولا يحول دون ابرام العقد الا ما قد يدعو رئيس المصلحة الى الغاء المناقصة ..... .

★ وترى المحكمة أن القواعد التی تحكم اجراءات المناقصة لا تعتبر مجرد قواعد مصلحية داخلية للادارة أن شاءت تمسكت بها وأن شاءت تنازلت عنها ،

ولكنها قواعد وضعت لصالح الادارة والأفراد على السواء ، وقصد بها كفالة احترام مبدأ المساواة بين المتنافسين جميعا . وبذلك فان هذه القواعد بمثابة أحكام قانون التعاقد في موضوع المناقصة ، فتلزم الادارة والأفراد على السواء ، ويترتب على مخالفتها بطلان ما تصدره الادارة من قرارات ...»[1] .

الحكم الثانى :

يجيز القضاء الادارى البيع مباشرة الى الوزارات والمصالح الحكومية دون اللجوء الى اجراءات المزايدة ، واجازة البيع لها مباشرة ينطبق على شركات القطاع العام قياسا على حالة الوزارات والمصالح الحكومية ، ولا يسرى هذا الحكم على شركات القطاع الخاص :

ولأهمية هذا الحكم نشير الى ماجاء بحيثياته فيمايلى :

« ومن حيث إن كان الرأى فى مدى سريان أحكام لائحة المناقصات والمزايدات (المعدلة بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣) على شركات القطاع بالنسبة للتعاقد معها مباشرة استثناء من أحكام تلك اللائحة ، فان الثابت من الأوراق أن شركة الأسمدة العضوية التى تم التعاقد معها ليست من عداد شركات القطاع العام ، **بل هى شركة من شركات القطاع الخاص يساهم البنك الصناعى فيها بنسبة ٢٠٪ تقريبا من رأسمالها - وثابت ذلك من كتاب محافظة الاسكندرية - ادارة الشئون القانونية - رقم ١٤٢٦ المؤرخ ١٩٧٠/٣/٢٤ والمودع ملف الدعوى ، واذا كانت الشركة المذكورة قد وضعت تحت حراسة البنك منذ عام سنة ١٩٦٤ ومازالت تحت حراسته للآن - كما جاء بالكتاب المذكور - فان ذلك لا يضفى عليها صفة شركات القطاع العام وبالتالى يجوز التحدى بتطبيق أحكام لائحة المناقصات والمزايدات (المعدلة بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣) عليها .**

ومن حيث أنه وقد ثبت مما تقدم أن الشركة المذكورة ليست شركة من شركات القطاع العام ، فان القرار المطعون فيه والصادر لصالحها يكون قد صدر بالمخالفة لأحكام القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ بتنظيم المناقصات والمزايدات (المعدل بالقانون

---

(١) محكمة القضاء الادارى فى ٢٧ يناير سنة ١٩٥٧ - س ١١ ص ١٧٢ ومابعدها .

رقم ٩ لسنة ١٩٨٣) اذ تنص المادة الأولى منه على أن «يكون شراء جميع الاصناف والمهمات اللازمة للوزارات والمصالح العامة عن طريق مناقصات عامة يعلن عنها ويجوز عند الضرورة أن يكون الشراء عن طريق مناقصات محلية فيما لاتزيد قيمته على ٥٠٠٠ جنيه أو بدون مناقصات فيما لا تزيد قيمته على ٢٠٠ جنيه بالنسبة للمشتريات العادية و ٢٠٠٠ جنيه بالنسبة لشراء الاصناف المحتكرة من شركات فى الخارج ليس لها وكلاء فى مصر» ، كما تنص المادة الثامنة من القانون المذكور (المعدل بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣) على أنه «يجوز عند الضرورة فيما عدا الحالات المشار اليها فى الفقرة الأولى فى المادة ١ مكررا أن يتم التعاقد بطريق الممارسة وفى هذه الحالة يجب قبل صدور قرار الجهة المختصة بابرام العقد أن تتولى الممارسة لجنة يشترك فى عضويتها من تنيبه وزارة الخزانة فيما تزيد قيمته على خمسة آلاف جنيه ويكون قرار هذه اللجنة مسببا ... كما يجوز للوزارات والمصالح الحكومية أن تشترى بطريق الممارسة وفقا لاحكام هذه المادة ما تحتاجه من منتجات الشركات الصناعية المصرية التى تملك الحكومة فيها أكثر من نصف رأس المال ويصدر بتعيينها قرار من وزير المالية والاقتصاد ويسرى حكم الفقرة السابقة على الشركات التى يرى مجلس الوزراء – بناء على توصية وزارة المالية والاقتصاد – لصالح الاقتصاد القومى الاتفاق معها على شراء منتجاتها بطريق مباشر بالشروط التى يقررها» .

وتنص المادة ١١ من ذات القانون سالف الذكر (المعدل بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣) على أن : «تسرى الأحكام المتقدمة على مزادات بيع الاصناف والمهمات التى يتقرر التصرف فيها ، كما تسرى أيضا على مقاولات الاعمال ومقاولات النقل ... الخ» .

ومن حيث أن شركة الاسمدة العضوية ليست من شركات القطاع العام مما يجيز القول بقياسها على الوزارات والمصالح الحكومية فى مجال تطبيق حكم المادة ١٤٦ من لائحة المناقصات والمزايدات (المعدلة بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣) بالبيع اليها مباشرة دون اللجوء الى اجراءات المزايدة العامة كما تقضى بذلك المادتان الأولى والحادية عشرة من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ بتنظيم المناقصات (المعدلة بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣) ولا يغير من هذا النظر كونها فى حراسة البنك الصناعى ، لأن هذه الحراسة لا تسبغ عليها صفة شركة من

شركات القطاع العام ، كما أن الحكومة لاتملك فى رأسمالها مايزيد على نصف تلك الأسهم وبالتالى ماكان يجوز للجهة الادارية أن تجرى معها ممارسة بيع الدماء ورمم الحيوانات النافقة بمقولة أن ذلك كان لصالح الاقتصاد القومى اذ أن الذى يقرر ذلك هو مجلس الوزراء ، وقد جاءت الأوراق خلوا من توصية له فى هذا الشأن . وليس من شك فان طرح تلك العملية فى مزاد عام كان سيؤدى حتما الى المنافسة بين المتزايدين مما يحقق مزيدا من الدخل للدولة وهو أمر تغياه المشرع من المزايدات العامة كما أن فيه تكافؤ للفرص بين المتزايدين .

ومن حيث أن المدعى كان له مصلحة أكيدة فى الدخول فى تلك المزايدة اذ من المحتمل جدا أن ترسو عليه كما سبق أن رست عليه فى السنوات السابقة فمن ثم فلا يجوز القول بأن المدعى ليس له مصلحة فى اقامة هذه الدعوى .

ومن حيث أن القرار المطعون فيه وقد صدر مجافيا لأحكام القانون على النحو السالف بيانه فانه يتعين الحكم بالغائه مع مايترتب على ذلك من آثار[1] .

---

(١) محكمة القضاء الادارى - القضية رقم ٢٢ لسنة ٢٣ ق - جلسة ٢ من ابريل سنة ١٩٧٢ - مشار للحكم بمجموعة المبادىء القانونية التى قررتها محكمة القضاء الادارى - السنة ٢٦ من أكتوبر ١٩٧١ الى آخر سبتمبر ١٩٧٢ .

الفصـــل الثالث

صور المناقصة المحدودة والمحلية والممارسة والاتفاق المباشر ، واجراءات تنفيذ العقود الادارية والاجراءات التى تتخذ فى حالة اخلال المقاول بالتزاماته التعاقدية

المبحث الأول

صور المناقصة المحدودة والمحلية والممارسة والاتفاق المباشر ووثائق العقد

(أولا) : المناقصة المحدودة

يكون التعاقد بطريق المناقصة المحدودة بقرار من سلطة الاعتماد المختصة ، وتجرى الدعوه لتقديم العطاءات فى المناقصات المحدودة بموجب كتب موصى عليها بعلم الوصول تتضمن كافة البيانات الواجب ذكرها فى الاعلان عن المناقصة العامة وفق أحكام لائحة القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣[١] .

كما يجوز الاعلان عنها باذن من رئيس الادارة المركزية أو المدير العام المختص عند الاقتضاء وفى هذه الحالة يجب أن تتبع ذات اجراءات النشر عن المناقصة العامة .

وتجرى المناقصة المحدودة بين أكبر عدد ممكن من المشتغلين بنوع النشاط الخاص بموضوع المناقصة والمقيدين بسجل المقاولين والموردين .

وفيما عدا ما تقدم تخضع المناقصة المحدودة لكافة القواعد والأحكام والاجراءات والشروط المنصوص عنها بهذه اللائحة بالنسبة للمناقصات العامة .

(ثانيا) : المناقصة المحلية

يكون التعاقد بطريق المناقصة المحلية بقرار من رئيس الادارة المركزية المختص ، وتسرى بشأن المناقصات المحلية كافة ألقواعد والأحكام والاجراءات

---

(١) راجع المادة «٣٧» من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ .

والشروط المنصوص عليها فى اللائحة بالنسبة الى المناقصات العامة فيما عدا ما يتعلق بالنشر وما ورد بشأنه نص خاص .

وتوجه الدعوه فى المناقصات المحلية الى أكبر عدد ممكن من الموردين والمقاولين المحلين الذين تقرر الجهة التعامل معهم من المقيدين بالسجل الخاص بذلك ويجوز توجيه الدعوة الى غير المقيدين بهذا السجل بقرار من سلطة الاعتماد المختصة .

ويقدم العطاء فى الغلاف المطبوع المرافق لطلب العطاء المحلى حتى الميعاد المحدد لقبول العطاءات وترسل طلبات العطاءات المحلية الى المقاولين أو الموردين الذين تقرر جهة الادارة دعوتهم الى الاشتراك فى المناقصة بواسطة البريد الموصى عليه بعلم الوصول قبل الميعاد المحدد لفتح مظاريف العطاءات بوقت كاف لا يقل عن خمسة أيام وفى حالة الاستعجال يجب ارسالها مع مخصوص قبل الموعد المحدد بثمان وأربعين ساعة على الأقل وتسلم بموجب ايصال مؤرخ .

وتفتح العطاءات المحلية فى الميعاد المحدد لذلك وتفرغ بمجرد فتحها على الاستمارة المعدة لذلك والتى تحرر من أصل يبقى بالدفتر وصورة ترافق العطاءات .

ويكون اعتماد توصيات لجنة البت فى المناقصة المحلية من السلطات المبينة فيمايلى :

١ – المدير العام المختص لغاية ٢٠٠٠٠ جنيه .

٢ – رئيس الادارة المركزية المختص لغاية ٤٠٠٠٠ جنيه .

(ثالثا) : الممارسة

(١) حالات الممارسة :

يكون التعاقد بطريق الممارسة فى الحالات المنصوص عنها بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات بقرار من سلطة الاعتماد المختصة وتصدر تلك السلطة قرارا بتشكيل لجنة الممارسة برئاسة وعضوية موظفين مسئولين تتناسب وظائفهم وخبراتهم الفنية والمالية والقانونية مع أهمية الصفقة ونوعها . ويكون تشكيل لجنة الممارسة فى حالة اجراء الممارسة فى خارج الجمهورية بقرار من الوزير المختص لاحكام القانون المشار اليه .

(٢) توجيه الدعوة لتقديم العروض :

★ توجه الدعوة لتقديم العروض فى الممارسات بخطابات موصى عليها بعلم الوصول تتضمن البيانات الواجب ذكرها فى الاعلان عن المناقصات العامة والمبينة بهذه اللائحة مع تحديد ميعاد أول اجتماع للجنة الممارسة ليحضره الموردون والمقاولون أو مندوبوهم .

★ ويجب أن توجه الدعوة الى أكبر عدد ممكن من المشتغلين بنوع النشاط موضوع الممارسة والمقيدين بسجل الموردين والمقاولين .

★ كما يجوز الاعلان عن الممارسة وذلك بترخيص من السلطة المختصة بالاعتماد وتتولى لجنة الممارسة مجتمعة اجراء ممارسة الموردين والمقاولين ومناقشتهم فى جلسات علنية مفتوحة للموردين والمقاولين أو مندوبيهم ، ثم ترفع اللجنة توصياتها بالنتيجة الى السلطة المختصة بالاعتماد مالم تكن اللجنة مفوضة بالتعاقد مباشرة .

★ ويجوز للجنة الممارسة فى حالة الضرورة والاستعجال وبموافقة السلطة المختصة أن تنتقل الى مقار الموردين أو المقاولين لممارستهم والحصول منهم على عروض مستوفاة وفقا لاحكام هذه اللائحة ، وفى هذه الحالة يتعين على اللجنة أن تكفل علانية العروض لجميع المشتركين فى الممارسة وأن تثبت فى محضر الممارسة ما أتخذته اللجنة من اجراءات فى هذا الشأن . ويجب على لجنة الممارسة أن تثبت كافة ما اتخذته من اجراءات ومناقشات فى محضر متضمن توصياتها وموقع عليه من جميع أعضائها .

(٣) اعتماد توصيات لجنة الممارسة :

يكون اعتماد توصيات لجنة الممارسة من السلطات الآتية :

١ - المدير العام المختص لغاية . ٢٠٠٠٠ جنيه .
٢ - رئيس الادارة المركزية المختص لغاية . ٥٠٠٠٠ جنيه .
٣ - الوزير المختص أو من يمارس سلطاته فيما يزيد على ذلك .

ويخضع التعاقد بطريق الممارسة للشروط العامة للمناقصات العامة فيما لم يرد فيه نص خاص بهذه اللائحة .

(رابعا) : الاتفاق المباشر

يجب فى حالات الضرورة التى يتم فيها اجراء الشراء أو الخدمات أو تنفيذ مقاولات النقل أو مقاولات الأعمال بطريق الاتفاق المباشر فى حدود أحكام تنظيم المناقصات والمزايدات أن يتم ذلك بترخيص من رئيس الادارة المركزية أو المدير العام المختص وأن تبين فى المستندات الأسباب الملحة التى تقضى باتباع طريق الاتفاق المباشر وأن يدون الموظف المسئول على مستندات الصرف اقرارا بأن الأصناف أو الأعمال مطابقة من حيث النوع والمواصفات للغرض المطلوبة من أجله وأن الأسعار مناسبة .

ويكون اعتماد نتيجة التعاقد بهذا الطريق من السلطات الآتية :

(١) المدير العام المختص لغاية ١٠٠٠ جنيه (ألف جنيه) بالنسبة للمشتريات العامة والخدمات ومقاولات النقل ، و ٢٠٠٠ جنيه (ألفى جنيه) بالنسبة لمقاولات الأعمال ، . و ٤٠٠٠ جنيه (أربعة آلاف جنيه) بالنسبة لشراء أصناف محتكرة من شركات فى الخارج ليس لها وكلاء فى مصر .

(٢) رئيس الادارة المركزية فيما يزيد على ذلك .

ولايجوز تكرار التعاقد بطريق الاتفاق المباشر أكثر من مرة واحدة فى السنة الواحدة بالنسبة الى ذات عملية الشراء أو الخدمة أو مقاولة الأعمال أو النقل الا فى حالة الضرورة وبموافقة الوزير المختص[١] .

---

(١) جدير بالذكر أنه يتم الشراء بالأمر المباشر اذا كان الصنف المطلوب ليس له الا مورد واحد يكون هو المنتج أو الموزع أو الوكيل الوحيد مثل جوالات الجوت الجديدة لتعبئة السكر من انتاج الشركة العامة لمنتجات الجوت وأصناف الصاج وقطاعات الحديد من انتاج شركة الحديد والصلب المصرية وقطع غيار السيارات أو الجرارات التي لها وكيل يقوم بتوزيعها والأسمنت الذى يقوم بتوزيعه مكتب بيع الاسمنت .

كما يتم الشراء بالأمر المباشر أحيانا اذا كان قد سبق شراء نفس الصنف منذ فترة ليست طويلة وتم شراؤه بناء على مناقصة ولم يطرأ على ظروف السوق ما يوحي بتغيير الأسعار . ففى هذه الحالة يتم شراء الصنف بالأمر المباشر من نفس المورد السابق وبنفس السعر والشروط .

ويلزم قبل اصدار الأمر المباشر الحصول على عرض كتابى من المورد كما يحدث في حالات المناقصات والممارسات . ويكون العرض متضمنا كافة التفاصيل وأهمها المواصفات كاملة والأسعار وموعد التسليم ومكان التسليم وشروط الدفع ومدة سريان العرض كما يلزم أيضا اعتماد عملية الشراء المباشر من سلطة الشراء المختصة قبل اصدار الأمر المباشر . ويراعى أيضا فى هذه الحالة أن يذكر عند اعتماد العملية مبررات التنفيذ بالأمر المباشر دون المناقصة .

يراجع فى هذا الموضوع :

الدكتور/ على عبد المجيد عبده «ادارة المشتريات والمخازن» – الطبعة السادسة – س ١٩٧٠ – ص ١٦٤ .

المبحــث الثانى

وثائق العقــد

مدى اشتراط الشكل الكتابى فى العقد : الأصل فى العقود الادارية أن تكون محررة سواء أبرمت عن طريق الممارسة أو المناقصة ، وهذه سمة أخرى من سمات ابرام العقود الادارية الا فى الحالات المستثناه[1] ونشير الى قائمة الشروط على النحو التالى :

قائمة الشـروط :

باستثناء بعض العقود الغير مكتوبة ، فان العقود الادارية تكون مكتوبة وتشمل بصفة عامة أكثر من وثيقة يطلق عليها فى مجموعها اسم قائمة الشروط ، وتشتمل هذه الوثيقة على مايلى :

(أ) دفتر الشروط والمواصفات العامة : وهو الذى يحدد الشروط الادارية

---

(١) الأصل فى عقود الادارة مو اخضاعها لقاعدة أن الكتابة لا تلزم الا حيث يشترطها المشرع صراحة . ولكن بالرغم من هذه القاعدة المسلم بها . فان مجال الكتابة فى العقود الادارية متسع جدا ، وهو بالمعنى الذى أشارت اليه المحكمة الادارية العليا فى الكثير من أحكامها .

وبالرجوع الى لائحة المناقصات والمزايدات نجد أنها قد وضعت قاعدة عامة بالنسبة الى العقود التى يتم ابرامها عن طريق المناقصات العامة ، وذلك فى المادة ٣٥ منها حيث تقول : «يجب أن يحرر عقد عن توريد الاصناف أو تنفيذ الاعمال أو النقل أو الخدمات المعلن عنها بمناقصات عامة ، متى بلغ مجموع مارسا توريده أو تنفيذه ألفى جنيه . أما فيما يقل عن ذلك ، فيمكن الاكتفاء بأخذ اقرار مكتوب شاملا كافة الضمانات اللازمة لتنفيذ التعاقد مع تحصيل التأمين النهائى ..» ويلاحظ أن المناقصة المحدودة تخضع كأصل عام للاحكام المقررة بالنسبة للمناقصات العامة (مادة ٣٩) من اللائحة الجديدة وكذلك الشأن بالنسبة للمناقصة المحلية (مادة ٤٠ من اللائحة الجديدة)

أما فيما يتعلق بالتعاقد بطريق الممارسة فانها تخضع للشروط العامة فيما لم يرد فيه نص خاص بلائحة المناقصات والمزايدات (مادة ٤٩) .

وبخصوص التعاقد عن طريق الاتفاق المباشر ، لم تشترط المادة ٥٠ من اللائحة الجديدة الشكل الكتابى ، وان كانت قد اشترطت أن يتم التعاقد عن هذا الطريق بمقتضى ترخيص من رئيس الادارة أو رئيس المصلحة المختص ، وأن يبين فى المستندات الأسباب الملحة التى تقضى باتباع طريق الاتفاق المباشر ، وأن يدون المسئول على مستندات الصرف اقرارا بأن الاصناف أو الأعمال مطابقة من حيث النوع والمواصفات ....» وهذه خطوات تقتضى الكتابة .

وخلاصة القول أنه كما يقول «دى لوبادير» أن الادارة لاتلتزم بالكتابة إلا حيث يفرض عليها الشكل الكتابى «L,administration n,est tenue d,employer la Forme» «ecrite que Presque la Loi impose cette forme» .

العامة التى تنطبق على كل عقد تبرمه وزارة أو مصلحة ومثال ذلك فى مصر دفتر الشروط العامة والمواصفات المتعلق بوزارة الحربية ، أو بمصلحة المبانى ، أو بمصلحة الطرق والكبارى ، أو بمصلحة الميكانيكا والكهرباء الخ .

(ب) دفتر الشروط الخاصة وجداول الفئات : وهى التى تبين الشروط المتعلقة بكل عقد يراد ابرامه ، ويرفق بهذه الدفاتر مستندات تتعلق بتفاصيل المواصفات والرسومات والمقايسات ، فتبين على وجه التحديد الأشغال المطلوب اجراؤها أو السلع المطلوب توريدها ، مع بيانات منفصلة عن طبيعة المواد آلتى تستعمل ومصدرها الخ ... ، وأخرى تتعلق بسعر كل وحدة من وحدات العمل فى عقد الأشغال (مثل ثمن طن الاسمنت أو المتر المكعب من الطوب ..) أو من الأصناف المطلوب توريدها ، والتقدير الاجمالى للعملية فى مجموعها على أساس ثمن كل وحدة الخ ... كما أن دفاتر الشروط الخاصة تبين كيفية أداء الأشغال أو تسليم الأصناف المطلوبة ، والمدة التى ينفذ العقد فى خلالها ، وشروط تقديم سلفيات ، أو صرف دفعات على حساب المبلغ الاجمالى الذى سيدفع الخ ...

(جـ) الطبيعة القانونية لقائمة الشروط : هذه الوثائق التى يطلق عليها بصفة اجمالية اسم قائمة الشروط ، هى التى تبين موضوع العقد وتحدد الالتزامات المتبادلة لكل من طرفيه . فما طبيعتها القانونية ؟ هل نصوصها كلها تعاقدية ؟ أم أنها كلها نصوص تنظيمية ؟ أم تشمل قائمة الشروط على كلا النوعين من النصوص .

يرى الأستاذ الدكتور/ توفيق شحاته أنه ينبغى بهذا الصدد التمييز بين عقد الالتزام من ناحية ، وبقية العقود الادارية من ناحية أخرى .

ففيما يتعلق بالعقود الادارية غير عقد الالتزام ، فإنه يرى أن نصوصها تعتبر تعاقدية . ولا يقدح فى هذا الرأى كون هذه النصوص توضع عادة من جانب واحد (وهو جانب الادارة) اذ يكون اعتبارها بمثابة عقود اذعان ، كما لايؤثر فى ذلك الاعتراف للادارة بالسلطة فى أن تعدل من جانبها وحدها بعض نصوص العقد ، اذ أن سلطة التعديل تستند الى فكرة أخرى وهى فكرة ضرورة سير المرافق العامة سيرا منتظما .

أما بالقياس الى عقد التزام المرافق العامة (وهو العقد الذى أثيرت بشأنه مناقشات

عديدة في هذا الموضوع) فان قائمة الشروط الخاصة به تشتمل على نصوص بعضها تعاقدى وبعضها الآخر تنظيمى[1] .

★ أما الرأى الراجح في القانون الادارى فانه يتفق على التمييز بين عقد الامتياز ، وبين العقود الادارية الأخرى : أما بالنسبة الى عقد الامتياز فإن التكييف يتم على أساس التمييز بين الشروط اللائحية والشروط التعاقدية ، وأما بالنسبة الى العقود الأخرى ، فإن التكييف يتم على أساس التمييز التالى :

(أ) **الشروط التى تتعلق بتنفيذ العقد** : وهى مجرد نماذج لا تلزم المتعاقد الا بعد توقيعه على العقد . ولكن بمجرد توقيعه على عقد من العقود يشار فيه الى دفتر من دفاتر الشروط العامة ، فإن الشروط الواردة بذلك الدفتر تعتبر جزءا لا يتجزأ من العقد .

أما بالنسبة الى الادارة فان تلك الشروط ملزمة بمعنى أنه يتعين عليها احترامها عند التعاقد باعتبارها ذات طبيعة لائحية «Réglementaire» ولا تستطيع الادارة التعديل فى تلك الشروط عند التعاقد الا فى الحدود المسموح بها[2] .

★ ويترتب على التكييف السابق نتائج هامة منها[3] :

١ - أن تلك الشروط ، ولو كانت الادارة ملزمة باحترامها ، لاتلزم المتعاقد الا اذا أشير الى دفتر الشروط العامة التى يتضمنها فى العقد صراحة ، بحيث لو أهملت الادارة ذلك ، فانها لاتستطيع أن تتمسك بتلك الشروط فى مواجهة المتعاقد بعد ذلك . ولهذا فإنه إذا أشير فى عقد من العقود إلى بعض الشروط الواردة فى دفتر الشروط العامة ، فإن هذه الشروط وحدها هى التى تطبق .

٢ - بل ويجرى التقليد فى فرنسا على أن الادارة عند ابرامها لعقد من العقود تملك أن تشير الى دفتر شروط عامة متعلق بوزارة أو بمصلحة أخرى مما يوضح أن تلك الدفاتر هى مجرد نماذج . كما أن للوزارة عند ابرامها لعقد معين ، كعقد أشغال

---

(١) دكتور/ توفيق شحاته «مبادىء القانون الادارى» - مرجع سابق - ص ٧٨٦ ، ٧٨٧ .

(٢) راجع موجز «بونار» فى القانون الادارى - ص ٦١٦ ، ومطول بارتلمى فى القانون الادارى ص ٧١٩ ، ودى لوبادير ص ٣٥٤ .

(٣) الدكتور/ سليمان محمد الطماوى «الأسس العامة للعقود الادارية» - مرجع سابق - ص ٣٨٠ .

عامة مثلا ، أن تشير الى بعض الشروط الواردة فى دفتر شروط عامة متعلقة بعقد آخر كعقد التوريد .

٣ – اذا عدلت الادارة دفتر شروط عامة سبق أن أشارت اليه فى عقد من العقود ، فإن دفتر الشروط العامة القديم هو الذى يحكم العلاقة التعاقدية لتلك الشروط فى مواجهة المتعاقد .

(ب) الشروط التى تتعلق بابرام العقد : وهذه الشروط التى توضح لرجال الادارة كيفية ابرام العقد ، وتعتبر بطبيعة الحالة ذات طبيعة لائحية باعتبارها قرارا صادرا من الوزير .

ولما كانت كيفية التعاقد مبينة فى العادة فى القرارات واللوائح المنظمة للمناقصات والمزايدات العامة ، فإن معظم مايرد فى دفاتر الشروط العامة بهذا الخصوص ، هو من قبيل الأوامر والاجراءات الداخلية التى لا يترتب على مخالفتها بطلان التعاقد ، وان تعرضت مخالفتها للعقاب الادارى .

المبحث الثالث

الاجراءات القانونية فى تنفيذ العقود الادارية ، والاجراءات التى تتخذ فى حالة اخلال المقاول بالتزاماته

(أولا) : تبدأ المدة المحددة للتوريد فى عقود التوريد من اليوم التالى لاخطار المتعهد بقبول عطائه الا اذا أتفق على خلاف ذلك ، ويكون اخطار المتعهدين فى الخارج بموجب برقيات تؤيد بكتاب لاحق ، على أن يتضمن الاخطار بالاضافة الى ما تضمنته المادة ٣٤ من اللائحة الاصناف والكميات والفئات ومواعيد بدء التوريد وانتهائه .

وتبدأ المدة المحددة لتنفيذ عقود الأعمال من التاريخ الذى يسلم فيه الموقع للمقاول ، ويكون التسليم بموجب محضر يوقع من الطرفين ومحرر من نسختين تسلم أحدهما للمقاول وتحتفظ جهة الادارة بالنسخة الأخرى واذا لم يحضر المقاول أو مندوبه لتسلم الموقع فى التاريخ الذى تكون جهة الادارة قد عينته

له فى اخطار قبول العطاء فيحرر محضر بذلك ويعتبر هذا التاريخ موعدا لبدء تنفيذ العمل . واذا أخل المتعاقد بأى شرط من شروط العقد كان للجهة المتعاقدة الحق فى فسخ العقد أو تنفيذه على حسابه .

ويتقرر الفسخ أو التنفيذ على حساب المقاول بقرار من السلطة المختصة بالاعتماد يعلن الى المتعاقد بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين فى العقد وذلك دون حاجة الى اتخاذ أية اجراءات ادارية أو قضائية أخرى .

ولا يجوز للمتعهد أو المقاول النزول عن العقد أو عن المبالغ المستحقة له كلها ، أو بعضها ، ومع ذلك يجوز أن يتنازل عن تلك المبالغ لأحد البنوك ويكتفى فى هذه الحالة بتصديق البنك ويبقى المتعهد أو المقاول مسئولا عن تنفيذ العقد ولا يخل قبول نزوله عن المبلغ المستحق له بما يكون لجهة الادارة قبله من حقوق .

واذا توفى المتعهد أو المقاول جاز لجهة الادارة فسخ العقد مع رد التأمين اذا لم يكن لجهة الادارة مطالبات قبل المتعهد أو السماح للورثة بالاستمرار فى تنفيذ العقد بشرط أن يعينوا عنهم وكيلا بتوكيل مصدق على التوقيعات فيه ويوافق عليه رئيس الادارة المركزية المختص .

واذا كان العقد مبرما مع أكثر من متعهد أو مقاول وتوفى أحدهم فيكون لجهة الادارة الحق فى انهاء العقد مع رد التأمين ، أو مطالبة باقى المتعهدين بالاستمرار فى تنفيذ العقد .

★ ويحصل الانهاء فى جميع هذه الحالات بموجب كتاب موصى عليه بعلم الوصول دون حاجة الى اتخاذ أية اجراءات أخرى ، أو الالتجاء الى القضاء .

ويحق للجهات الادارية التى تسرى عليها أحكام هذه اللائحة تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أو النقص فى حدود ١٥٪ فى عقود التوريد و ٣٠٪ فى عقود توريد الأغذية و ٢٥٪ فى عقود الأعمال بذات الشروط والأسعار دون أن يكون للمتعاقد مع هذه الجهات الحق فى المطالبة بأى تعويض عن ذلك .

ويجوز بقرار من السلطة المختصة وبموافقة المتعاقد تجاوز الحدود الواردة بالفقرة السابقة فى حالات الضرورة الطارئة بشرط ألا يؤثر ذلك على أولوية المتعاقد فى ترتيب عطائه ووجود الاعتماد المالى اللازم .

(ثانيا) : شروط عقود مقاولات الأعمال

(١) التزامات المقاول بالقوانين واللوائح :

حسبما سبق بيانه يلتزم المقاول باتباع جميع القوانين واللوائح الحكومية والمحلية ذات الصلة بتنفيذ موضوع التعاقد بما فى ذلك استخراج الرخصة – كما يكون مسئولا عن حفظ النظام بموقع العمل وتنفيذ أوامر الادارة بابعاد كل من يهمل أو يرفض تنفيذ التعليمات أو يحاول الغش أو يخالف أحكام هذه الشروط . **ويلتزم المقاول أيضا باتخاذ كل ما يكفل منع الاصابات أو حوادث الوفاة للعمال أو أى شخص آخر أو الأضرار بممتلكات الحكومة أو الأفراد وتعتبر مسئوليته فى هذه الحالات مباشرة دون تدخل لجهة الادارة .**

وفى حالة اخلاله بتلك الالتزامات يكون لجهة الادارة الحق فى تنفيذها على نفقته .

ويلتزم المقاول بأن يتحرى بنفسه طبيعة الأعمال وعمل كل مايلزم لذلك من اختبارات وغيرها للتأكد من صلاحية المواصفات والتصميمات المعتمدة وعليه إخطار جهة الادارة فى الوقت المناسب بملاحظته عليها ويكون مسئولا عن جميع هذه الرسومات والتصميمات كما لو كانت مقدمة منه[1] .

---

(١) جدير بالذكر أن جميع المواد والمشونات المعتمدة والقطع والأدوات والآلات التى تكون قد استحضرت بمعرفة المقاول لمنطقة العمل أو على الأرض المشغولة بمعرفة المقاول بقصد استعمالها فى تنفيذ العمل وكذلك جميع الأعمال والمنشآت الوقتية الأخرى تظل كما هى ولا يجوز نقلها أو التصرف فيها الا باذن جهة الادارة الى أن يتم التسليم المؤقت على أن تبقى فى عهدة المقاول وتحت حراسته ومسئوليته وحده ولا تتحمل جهة الادارة فى شأنها أية مسئولية بسبب الضياع أو التلف أو السرعة أو غير ذلك .

ويجب على المقاول أن يهيىء مكانا صالحا لتشوين المواد القابلة للتلف بسبب العوامل الجوية وذلك لوقايتها منها بطريقة يوافق عليها مهندس جهة الادارة .

ويلاحظ أن المقادير والأوزان الواردة بجداول الفئات هى مقادير وأوزان تقريبية قابلة للزيادة والعجز تبعا لطبيعة العملية والغرض منها هو بيان مقدار العمل بصفة عامة والأثمان التى تدفع للمقاول تكون على أساس الكميات التى تنفذ فعلا ، سواء أكانت تلك الكميات أقل أم أكثر من الوارد بالمقايسة أو الرسومات وسواء نشأت الزيادة أو العجز عن خطأ فى حساب المقايسة الابتدائية أو عن تغييرات أدخلت فى العمل طبقا لاحكام العقد وبمراعاة ألا يؤثر ذلك على أولوية المقاول فى ترتيب عطائه .

ويعتبر المقاول مسئولا عن التحرى بنفسه عن صحة المقادير والأوزان وتعتبر فئة من الفئات =

(ثالثا) : التزام المقاول بانهاء الأعمال :

★ ويلتزم المقاول بانهاء الأعمال موضوع التعاقد بحيث تكون صالحة تماما للتسليم المؤقت فى المواعيد المحددة فإذا تأخر جاز للسلطة المختصة بالاعتماد اذا اقتضت المصلحة العامة اعطائه مهلة اضافية لاتمام التنفيذ على أن توقع عليه غرامة عن المدة التى يتأخر فيها انهاء العمل بعد الميعاد المحدد الى أن يتم التسليم المؤقت - ولا يدخل فى حساب مدة التأخير مدد التوقف التى يثبت لجهة الادارة حدوثها عن أسباب قهرية[1] .

(رابعا) : الاجراءات التى تتخذ فى حالة اخلال المقاول بالتزاماته :

★ اذا أخل المقاول بأى شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد التزاماته المقررة ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ اخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول بالقيام باجراء هذ الاصلاح كان لرئيس الادارة المركزية أو المدير العام المختص وعلى مسئوليته الحق فى اتخاذ أحد الاجراءين التاليين وفقا لما تقتضيه المصلحة العامة .

- المدرجة بجدول الفئات ملزمة للمقاول أثناء العقد وغير قابلة لاعادة النظر لأى سبب ولا يكون للمقاول حق طلب مبالغ زيادة أو تعويضات مهما كانت خسارته أو تكبده مصروفات اضافية .

ويقوم مهندس جهة الادارة بعملية القياس والوزن للاعمال أثناء سير العمل بالاشتراك مع المقاول أو مهندسه أو مندوبه ويتم التوقيع بصحة المقايسات والأوزان من الاثنين فاذا تخلف المقاول أو مندوبه بعد اخطاره يلزم بالمقاسات والأوزان التى يجريها مهندس جهة الادارة .

وفى حالة الخلاف يعرض الأمر على جهة الادارة ويكون قرارها نهائيا .

(١) تقدر الغرامات بالنسب التالية :

١ ٪ عن الأسبوع الأول أو أى جزء منه .

٥ر١ ٪ عن الأسبوع الثانى أو أى جزء منه .

٢ ٪ عن الأسبوع الثالث أو أى جزء منه .

٥ر٢ ٪ عن الأسبوع الرابع أو أى جزء منه .

٤ ٪ عن كل شهر أو جزء منه بعد ذلك بحيث لا يجاوز مجموع الغرامة ١٥ ٪ .

وتحسب الغرامة من قيمة ختامى العملية جميعها اذا رأت جهة الادارة أن الجزء المتأخر يمنع الانتفاع بما تم من العمل بطريق مباشر أو غير مباشر على الوجه الأكمل فى المواعيد المحددة أما اذا رأت جهة الادارة أن الجزء المتأخر لا يسبب شيئا عن ذلك ، فيكون حساب الغرامة بالنسب والأوضاع السابقة من قيمة الأعمال المتأخرة فقط .

وتوقع الغرامة بمجرد حصول التأخير ولو لم يترتب عليه أى ضرر دون حاجة الى أى تنبيه أو انذار .

ويجب على جهة الادارة أن تراعى الدقة فى ضرورة وجوب خصم غرامات التأخير قبل الاذن بصرف مستحقات المقاول .

(أ) فسخ العقد مع مصادرة التأمين المستحق وقت الفسخ والحصول على جميع ماتستحقه الجهة الادارية من غرامات أو تعويضات عما يلحق بها من أضرارا اذا اقتضى الأمر ذلك[1] .

(ب) سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه بطريق المناقصة العامة أو المناقصة المحدودة أو المناقصة المحلية أو الممارسة فى حدود أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ، والأحكام الواردة باللائحة ، وذلك مع مصادرة التأمين النهائى المستحق على المقاول وقت سحب العمل والحصول على جميع ما تستحقه الجهة الادارية من غرامات وتعويضات واسترداد جميع ما تكبدته من مصروفات وخسائر زيادة على قيمة العقد نتيجة لسحب العمل .

★ ويكون لجهة الادارة الحق فى احتجاز كل أو بعض ما يوجد بمحل العمل من منشآت وقتية ومبان وآلات وأدوات ومواد وخلافه دون أن تكون مسئولة قبل المقاول أو غيره عنها وعما يصيبها من تلف أو نقص لأى سبب كان أو دفع أى اجر عنها – كما يكون لها الحق أيضا فى الاحتفاظ بها حتى بعد انتهاء العمل ضمانا لحقوقها ولها أن تبيعها دون أدنى مسئولية من جراء البيع .

(خامسا) : الدفعات التى تصرف للمقاول تحت الحساب :

★ يجوز بموافقة الجهة الادارية المتعاقدة وعلى مسئوليتها أن يصرف للمقاول دفعات تحت الحساب تبعا لتقدم العمل وعلى النحو التالى :

(أ) بحد أقصى ٩٥٪ من القيمة المقررة للأعمال التى تمت فعلا مطابقة للشروط والمواصفات ، وذلك من واقع الفئات الواردة بالجدول كما يجوز صرف الـ ٥٪ الباقية نظير كتاب ضمان معتمد من أحد البنوك المحلية ينتهى سريانه بعد مضى ثلاثين يوما من تاريخ حصول الاستلام المؤقت .

---

(١) قد لا يبقى العقد الادارى قائما حتى نهايته نهاية طبيعية ، بل يمكن أن ينتهى نهاية مبتسرة وقبل الأوان فى حالة للفسخ باتفاق الطرفين ، أو التقايل ، أو بقوة القانون ، أو بالفسخ القضائى ، أو بالفسخ عن طريق الادارة ، وفضلا عن ذلك فهناك حالات خاصة تصدر فيها قوانين أو لوائح تنظم كيفية إنهاء بعض العقود .

★ وسنعود الى تفصيل ذلك بالباب العاشر من هذا المؤلف . حيث أوردنا حكم محكمة القضاء الادارى الصادر فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٢ حيث تقول : «ان العقود الادارية تختلف عن العقود المدنية فى أنها ... تستهدف مصلحة عامة لسير العمل فى مرفق عام ، وأن كفتى المتعاقدين –

(ب) بحد أقصى ٧٥٪ من القيمة المقررة للمواد التى وردها المقاول لاستعمالها فى العمل الدائم والتى يحتاجها العمل فعلا بشرط أن تكون مطابقة للشروط وموافقة عليها وأن تكون مشونة بموقع العمل فى حالة جيدة بعد اجراء الجرد الفعلى اللازم – وذلك من واقع فئات العقد .

وتعامل كالمشونات المواد التى تورد لموقع العمل صالحة للتركيب الى أن يتم تركيبها .

وللجهة الادارية المتعاقدة الحق فى تنظيم الدفع للمقاول عن الأعمال التى تتم على نحو مغاير اذا اقتضت طبيعة الأعمال المسندة اليه ذلك ، ولها الحق فى عدم صرف الدفع اذا رأت أن تقدم العمل أو سلوك المقاول غير مرض .

(جـ) بعد تسلم الأعمال مؤقتا تقوم جهة الادارة بتحرير الكشوف الختامية بقيمة جميع الأعمال التى تمت فعلا ويصرف للمقاول عقب ذلك مباشرة ما يستحقه بعد خصم المبالغ التى سبق صرفها على الحساب أو أية مبالغ أخرى مستحقة عليه .

(د) عند تسلم الأعمال نهائيا بعد مدة الضمان وتقديم المقاول المحضر الرسمى الدال على ذلك يسوى الحساب النهائي ويدفع للمقاول باقى حسابه بمافى ذلك التأمين النهائى أو ما تبقى منه .

(سادسا) : حالة سحب العمل من المقاول :

★ فى حالة سحب العمل كله أو بعضه من المقاول عند اخلاله بشروط التنفيذ يحرر كشف بالأعمال التى تمت وبالآلات والأدوات التى استحضرت والمهمات التى لم تستعمل والتى يكون قد وردها المقاول بمكان العمل ويحصل ذلك الجرد خلال شهر من تاريخ سحب العمل بمعرفة مندوب جهة الادارة وبحضور المقاول بعد اخطاره بكتاب موصى عليه بالحضور هو أو مندوبه ويثبت هذا الجرد بموجب

– فيها غير متكافئة ، اذ يجب أن يراعى فيها دائما وقبل كل شيء تغليب الصالح العام على مصلحة الأفراد ... ويترتب على ذلك أن للشخص المعنوى الحق فى مراقبة تنفيذ العقد ، وفى تغيير شروطه بالاضافة والحذف والتعديل ، وفى انهائه فى أى وقت طالما أن المصلحة العامة المنشودة منه تستلزم ذلك ...» .

محضر يوقعه كل من مندوب جهة الادارة ، والمقاول أو من ينوب عنه فاذا لم يحضر أو لم يرسل مندوبا عنه فيجرى الجرد فى غيابه[١] .

(سابعا) : اجراءات التسليم المؤقت للعمل :

على المقاول بمجرد اتمام العمل أن يخلى الموقع من جميع المواد والأتربة والبقايا ، وأن يمهده ، والا كان للجهة الادارية الحق بعد اخطاره بكتاب موصى عليه فى ازالة الأتربة على حسابه واخطاره كتابة بذلك ، ويخطر عندئذ بالموعد الذى حدد لاجراء المعاينة ويحرر محضر التسليم المؤقت بعد اتمام المعاينة ويوقعه كل من المقاول أو مندوبه الموكل بذلك بتوكيل مصدق عليه ومندوبى جهة الادارة الذين يخطر المقاول بأسمائهم ويكون هذا المحضر من ثلاث نسخ تسلم احداهما للمقاول وفى حالة عدم حضوره هو أو مندوبه فى الميعاد المحدد تتم المعاينة ويوقع المحضر من مندوبى جهة الادارة وحدهم واذا تبين من المعاينة أن العمل قد تسلم على الوجه المطلوب أعتبر تاريخ اخطار المقاول لجهة الادارة باستعداده للتسليم المؤقت موعد انهاء العمل وبدء مدة الضمان واذا ظهر من المعاينة أن العمل لم ينفذ على الوجه الأكمل فيثبت هذا فى المحضر ويؤجل التسليم الى أن يتضح أن الأعمال قد تمت بما يطابق الشروط (هذا مع عدم الاخلال بمسئولية المقاول طبقا لاحكام القانون المدنى) وتبدأ من تاريخ المعاينة الأخيرة مدة الضمان[٢] .

وبعد اتمام التسليم المؤقت يرد للمقاول - اذا لم توجد قبله مطالبات للجهة المتعاقدة أو لأية مصلحة حكومية - ما زاد من قيمة التأمين النهائى على النسبة المحددة من قيمة الأعمال التى تمت فعلا وتحتفظ الجهة المتعاقدة بهذه النسبة لحين انتهاء مدة الضمان واتمام التسليم النهائى .

(ثامنا) : ضمان المقاول للأعمال موضوع العقد :

ويضمن المقاول الأعمال موضوع العقد وحسن تنفيذها على الوجه الأكمل لمدة سنة واحدة من تاريخ التسليم المؤقت وذلك دون إخلال بمدة الضمان

---

(١) وفى حالة الجرد فى غياب المقاول يخطر المقاول بنتيجة الجرد فاذا لم يبد ملاحظاته خلال أسبوع من تاريخ وصوله اليه كان ذلك بمثابة اقرار منه بصحة البيانات الواردة فى محضر الجرد ، وجهة الادارة غير ملزمة بأخذ شيء من هذه المهمات الا بالقدر الذى يلزم لاتمام تنفيذ الأعمال فقط على شرط أن تكون صالحة للاستعمال أما ما يزيد على ذلك فيكلف المقاول بنقله من محل العمل .

(٢) تنص المادة (١٥٧) مدنى على مايلى : (١) فى العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد-

المنصوص عليها فى القانون المدنى ، والمقاول مسئول عن بقاء جميع الأعمال سليمة أثناء مدة الضمان فاذا ظهر بها أى خلل أو عيب يقوم باصلاحه على نفقته واذا قصر فى اجراء ذلك فلجهة الادارة أن تجريه على نفقته وتحت مسئوليته .

وقبل انتهاء مدة الضمان بوقت مناسب يخطر المقاول جهة الادارة كتابة للقيام بتحديد موعد المعاينة .

(تاسعا) : حالة تنفيذ الأعمال طبقا للمواصفات المتفق عليها :

ومتى تبين أن الأعمال قد نفذت مطابقة للمواصفات بحالة جيدة فيتم تسليمها نهائيا بموجب محضر من ثلاث صور يوقعه كل من مندوبى جهة الادارة والمقاول أو مندوبه الرسمى تعطى للمقاول صورة منه ، واذا ظهر من المعاينة أن المقاول لم يقم ببعض الالتزامات فيؤجل التسليم النهائى لحين قيامه بما يطلب اليه من الأعمال ، هذا مع عدم الاخلال بمسئوليته طبقا لاحكام القانون المدنى .

وعند اتمام التسليم النهائى يدفع للمقاول ما قد يكون مستحقا له من مبالغ ويرد اليه التأمين النهائى أو ما تبقى منه .

(عاشرا) : شروط تنفيذ عقود التوريد :

(١) التزام المتعهد بالتوريد :

يلتزم المتعهد بتوريد الأصناف المتعاقد عليها فى الميعاد أو المواعيد المحددة خالصة جميع المصروفات والرسوم ومطابقته لأمر التوريد والمواصفات أو العينات المعتمدة ويتسلم أمين مخزن الاستقبال ما يورده المتعهد بالعدد أو الوزن أو المقاس بحضور مندوب المتعهد ويعطى عنه ايصالا مؤقتا مختوما بخاتم جهة الادارة موضحا به اليوم والساعة التى تم فيها التوريد ويقرر فيه حالة الأصناف من حيث سلامتها وذلك لحين اخطار المتعهد بميعاد اجتماع لجنة الفحص ليتمكن من حضور اجراءات الفحص والاستلام النهائى ، ويجب أن يتم ذلك الاخطار فى خلال ثلاثة أيام عمل من تاريخ اليوم التالى لصدور الأيصال المؤقت وعلى أمين مخزن الاستقبال فور تسلمه الأصناف الموردة اخطار رئيس لجنة الفحص بذلك لاتخاذ اللازم . ويعتبر

- المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى . (٢) ويجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان مالم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الإلتزام فى جملته .

اللجنة بقبول أو رفض الأصناف نهائيا وذلك بمجرد اعتماده من السلطة المختصة بالاعتماد[1] .

ويجب سحب الاصناف المرفوضة وتوريد بدلها ويجب أن يتم ذلك الاخطار فور صدور اللجنة فى ذات اليوم أو اليوم التالى على الأكثر ويلتزم المتعهد بسحب الأصناف المرفوضة خلال سبعة أيام على الأكثر من تاريخ اليوم التالى لاخطاره – فاذا تأخر فى سحبها فيكون لجهة الادارة الحق فى تحصيل مصروفات تخزين بواقع ٢٪ من قيمة الاصناف عن كل أسبوع تأخير أو جزء منه لمدة أقصاها أربعة أسابيع ، وبعد انتهاء هذه المدة يكون لجهة الادارة الحق فى أن تتخذ اجراءات بيعها فورا وأن تخصم من الثمن ما يكون مستحقا لها ويكون البيع وفقا لأحكام هذه اللائحة .

ويصرف ثمن الأصناف الموردة فى خلال خمسة عشر يوم عمل على الأكثر تحتسب من تاريخ اليوم التالى لاتمام اجراءات التحليل الكيميائى أو الفحص الفنى .

(٢) حالة تأخر المتعهد فى التوريد :

★ واذا تأخر المتعهد فى توريد كل الكميات المطلوبة أو جزء منها فى الميعاد المحدد بالعقد ، ويدخل فى ذلك الأصناف المرفوضة – فيجوز للسلطة المختصة بالاعتماد اذا اقتضت المصلحة العامة اعطاءه مهلة اضافية للتوريد على أن توقع عليه غرامة قدرها ١٪ عن كل أسبوع تأخير أو جزء من أسبوع من قيمة الكمية التى يكون المتعهد قد تأخر فى توريدها بحد أقصى ٤٪ من قيمة الأصناف المذكورة .

وفى حالة عدم قيام المتعهد بالتوريد فى الميعاد المحدد بالعقد أو خلال المهلة الاضافية يكون لجهة الادارة أن تتخذ أحد الاجراءين التاليين وفقا لما تقتضيه مصلحة العمل .

(أ) شراء الأصناف التى لم يقم المتعهد بتوريدها من غيره على حسابه سواء

---

(١) يلتزم المتعهد بأن يقدم فاتورة الأصناف الموردة من أصل وصورتين وفى حالة قيامه بالتوريد بناء على طلب جهة الادارة الى جهة غير الجهة المتعاقد على التوريد اليها يجب أن ترافق الفواتير مستندات تثبت قيمة مصروفات النقل الاضافية حتى يمكن رد هذه المصروفات اليه .

واذا رفضت لجنة الفحص صنفا أو أكثر من الأصناف الموردة أو وجد فيها نقص أو مخالفة للمواصفات أو العينات المعتمدة – يخطر المتعهد بذلك كتابة بالبريد الموصى عليه بعلم الوصول بأسباب الرفض .

بالممارسة أو بمناقصات محليه أو عامة أو محدودة بنفس الشروط والمواصفات المعلن عنها والمتعاقد عليها .

ويخصم من التأمين المودع من المتعهد أو من مستحقاته لدى الجهة أو أية جهة ادارية أخرى قيمة الزيادة فى الثمن مضافا اليها مصروفات ادارية بواقع ١٠٪ من قيمة الأصناف المشتراه على حسابه وما يستحق من غرامة عن مدة التأخير فى التوريد وذلك مع عدم الاخلال بحق الجهة فى مصادرة التأمين المودع بما يوازى ١٠٪ من قيمة هذه الأصناف والحصول على جميع ما تستحقه من غرامات وتعويضات واسترداد جميع ما تكبدته من مصروفات وخسائر زيادة على قيمة العقد نتيجة تنفيذه على حساب المتعهد .

★ أما اذا كان سعر شراء أى صنف يقل عن سعر المتعهد فلا يحق له المطالبة بالفرق ، وهذا لا يمنع من تحصيل قيمه غرامة التأخير المستحقة والمصروفات الادارية .

(ب) إنهاء التعاقد فيما يختص بهذه الأصناف ومصادرة التأمين بما يوازى ١٠٪ من قيمتها والحصول على جميع ما تستحقه الجهة الادارية من غرامات أو تعويضات عما يلحق بها من أضرار دون حاجة للالتجاء الى القضاء مع اخطار المتعهد بذلك بكتاب موصى عليه بعلم الوصول . ولا يجوز للجهة الادارية شراء الأصناف التى ينتهى التعاقد بشأنها فى ذات السنة المالية التى يتم فيها انهاء التعاقد .

واذا تأخر المتعهد عن توريد أصناف تعاقد على توريدها الى ما بعد انتهاء السنة المالية المكلف بالتوريد فيها ، فانه يجب اخطاره بالغاء العقد عن الكمية الباقية وتطبق أحكام البند (ب) من المادة (٩٢) . مالم تقرر الجهة الادارية ذلك .

● ● ●

البـــاب الثــــالث

سلطة الادارة فى الرقابة على تنفيذ العقد الادارى وضرورة الحصول على التصريح قبل التعاقد فى الحالات الهامة ومدى الزامها باعذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء

الباب الثالث

سلطة الادارة فى الرقابة على تنفيذ العقد الادارى ، وضرورة الحصول على التصريح قبل التعاقد فى الحالات الهامة ، ومدى الزامها باعذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء

الفصل الأول

سلطة الادارة فى الرقابة على تنفيذ العقد

تمهيد :

ان الهدف الأساسى من سلطة الرقابة هو أن تتحقق الادارة من أن تنفيذ العقد يتم طبقا للشروط المنظمة له .

وتتخذ هذه الرقابة مظاهر مختلفة ، فقد تكون رقابة فنية وإدارية للتثبت من تنفيذ التعاقد مع الادارة للشروط الفنية والادارية . وقد تكون رقابة مالية للتحقق من أن هذا المتعاقد يقوم بالتزاماته المالية نحو الادارة ولضبط ما يقوم بين الادارة والمتعاقد معها من روابط مالية .

وتظهر الحاجة إلى الرقابة بشكل أوضح حين يكون موضوع العقد القيام بالتزامات متتابعة كما هو الحال فيما يتعلق بعقود الالتزام وقد كانت المادة ٧ من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ (المعدل بالقانون رقم ٤٩٧ لسنة ١٩٥٤) بالتزامات المرافق العامة تنص على أنه : « لمانح الالتزام أن يراقب انشاء المرفق العام موضوع الالتزام وسيره من النواحى الفنية والادارية والمالية ، وله فى سبيل ذلك تعيين مندوبين عنه فى مختلف الفروع والادارات التى ينشئها الملتزم لاستغلال المرفق . ويختص هؤلاء المندوبون بدراسة تلك النواحى وتقديم تقرير بذلك لمانح الالتزام ، وعلى الملتزم أن يقدم لهؤلاء المندوبين ما قد يطلبون من معلومات أو بيانات أو احصاءات ، دون الاخلال بحق مانح الالتزام فى فحص الحسابات أو التفتيش على المرفق فى أى وقت » .

كذلك الأمر فيما يتعلق بعقود الأشغال العامة . فتجرى دفاتر الشروط العامة على النص على السلطة المخولة للموظفين المندوبين للاشراف والرقابة على موضوع المقاولة .

ومما تجدر الاشارة إليه أن سلطة الرقابة هذه تمكن الادارة من جعل التزامات المتعاقد معها مسايرة لما تقتضيه المصلحة العامة وحاجات الجمهور من تطور . ونبين ذلك على النحو التالى :

(أولا) : أساس سلطة الرقابة وطبيعتها القانونية :

وقد يتبادر إلى الظن أن الأساس القانونى لسلطة الرقابة على تنفيذ العقود الادارية يكمن فى مثل تلك النصوص التنظيمية أو التعاقدية التى أشرنا إليها .

والواقع غير ذلك فالرقابة تستمد أساسها من فكرة المرفق العام ، لا من النصوص التنظيمية العامة ولا من النصوص التعاقدية الخاصة بعقد معين ، والأحكام التى تتضمنها النصوص التنظيمية العامة أو النصوص التعاقدية التى لا تعدو أن تكون منظمة لتلك الرقابة التى تملكها الادارة حتى إذا لم ينص عليها العقد ، بل حتى إذا نص على ما يخالفها .

فإذا كانت الادارة لا تتولى بنفسها توفير الحاجات وتقديم الخدمات التى يتطلبها المرفق العام ، وتعهد بهذه المهمة إلى الأفراد ، فهى مع ذلك تظل المسئولة عن ادارة المرفق والكفيلة بحسن سيره سيرا منتظما ، وتقضى وظيفتها هذه أن تشرف على النشاط الفردى حين يساهم فى تسيير المرفق العام[1] . ويترتب على ذلك أن نصوص العقد المنظمة لسلطة الرقابة ليست ذات طابع تعاقدى ، فلا تعتبر نصوصا تعاقدية ، وإنما هى نصوص ذات طابع تنظيمى . ونبين ذلك فيما يلى .

(ثانيا) مدى سلطة الرقابة :

إذا كانت سلطة الادارة فى الرقابة تتعلق بالنظام العام فلا يجوز الاتفاق على استبعادها أو تقييدها ، لأن مداها يختلف باختلاف العقود الادارية . ولعل عقود الأشغال العامة هى التى يبدو فيها أكثر من غيرها ما تتمتع به الادارة من سلطة

---

(١) محكمة القضاء الادارى فى ١٨ إبريل سنة ١٩٥٢ (المجموعة س ٦ ص ٨١٢) ، و٢ ديسمبر سنة ١٩٥٢ (المجموعة س ٧ ص ٧٦) .

رقابة واشراف ، بل من سلطة توجيه ، فى تنفيذ العقد فللموظفين الفنيين المنتدبين للاشراف والرقابة الحق فى رفض المواد أو الأعمال التى يرون أنها من نوع ردىء أو غير مطابق للعقد ، ولهم سلطة الأمر باعادة البناء أو اعادة القيام بالأشغال ، وعلى المقاولين أن يزيلوا فورا فى مثل تلك الأحوال من موقع العمل المواد التى يكون قد رفضها الموظفون الفنيون ، أو يهدموا أو يعيدوا تنفيذ الأعمال التى لم يوافق عليها حسبما تكون الحالة بمجرد اخطارهم بذلك ، وإلا قامت الادارة العامة بازالتها على حسابهم دون حاجة إلى إنذار أو تنبيه أو إلى اتخاذ اجراءات قضائية .

وقد تكون هذه الرقابة أقل شدة بالقياس إلى عقود التزام المرافق العامة ، حيث يترك للمتعاقدين مع الادارة قسط من الحرية فى تنفيذ تعهداتهم ، مع مراعاة ما كانت تنص عليه المادة (٧) من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة (المعدل) .

كما تشمل الرقابة عقود التوريد ، للتثبت من أن المتعهد سلم الأصناف المتعاقد عليها طبقا للمواصفات والعينات المعتمدة والموقع عليها منه . ويجوز لمندوبى الادارة رفض صنف أو أكثر من الأصناف الموردة إذا كانت مخالفة للمواصفات والعينات المعتمدة .

(ثالثا) حدود سلطة الرقابة :

على أنه مهما اتسعت سلطة الادارة فى الرقابة على المتعاقد معها ، فانها ليست سلطة مطلقة المدى . إذ تحدها اعتبارات قوامها توفير ضمانات للمتعاقد مع الادارة تحميه من احتمال تعسف الادارة به ، ويمكن ردها إلى ثلاثة أنواع :

(١) فلا يجوز للادارة أن تستعمل سلطتها فى الرقابة لتحقيق غرض لا يتصل بسير المرفق العام موضوع التعاقد ، وإلا كان فى ذلك إساءة لاستعمال السلطة ، فمثلا إذا أصدر مهندس الادارة المكلف بالرقابة على تنفيذ عقد أشغال عامة ، أمرا إلى المقاول بفصل بعض العمال ، فيجوز للقضاء أن يفحص أمر الفصل فيما إذا كان متصلا بالمقاولة ، ومستندا إلى خطأ من جانب العمال ، ومبنيا على أساس صحيح أو غير ذلك إذا كان الفصل نتيجة لإساءة استعمال السلطة .

(٢) وللمتعاقد مع الادارة أن يطالب بأن تكون الهيئة الادارية المختصة هى التى

تمارس الرقابة ، وطبقا للأوضاع ووفقا للشروط وفى داخل الحدود التى تنص عليها القوانين واللوائح ، وبصفة خاصة أن تتبع فى ممارسة الرقابة الاجراءات المنصوص عليها بقصد حمايته .

(٣) ولا ينبغى أن يكون من شأن ممارسة سلطة الرقابة ، تعديل موضوع العقد بحيث تخرج به عن أهدافه ، ففيما يتعلق بعقد التزام المرافق العامة لا يجوز للهيئة الادارية أن تتدخل فى الادارة الداخلية للالتزام ، فالملتزم يدير المرفق العام والهيئة الادارية تراقب الادارة وتشرف عليها ، وإلا نتج عن ذلك أن الهيئة الادارية هى التى تدير المرفق العام عن طريق الاستغلال المباشر ، بينما يهدف العقد إلى أن تكون ادارته عن طريق الالتزام .

الفصــل الثــانى
ضرورة الحصول على تصريح بالتعاقد فى حالات خاصة

★ جدير بالذكر أن الرقابة الوصائية على الأعمال تنصب على اجراءات تنفيذية وتمتد إلى مجال الأعمال الإيجابية والأعمال السلبية ، ويمكن ممارسة هذه الرقابة الوصائية من خلال الوسائل التالية : (**أولا**) استطلاع الرأى والمشورة السابقة (**ثانيا**) التصديق . (**ثالثا**) الاذن أو الترخيص السابق . (**رابعا**) الالغاء . (**خامسا**) الإيقاف . (**سادسا**) الحلول .

★ ونجتزىء من هذه الوسائل الحصول على تصريح بالتعاقد . وعلى استطلاع الرأى والمشورة ، وعلى الاذن أو الترخيص السابق فى بعض الحالات الهامة ، ونعرض ذلك على النحو التالى :

(أولا) استطلاع الرأى والمشورة :

ان قيام الأجهزة الادارية باستطلاع رأى سلطات الرقابة قد يكون بناء على سلطة تقديرية من جانب هذه الاجهزة . وهنا تتلقى المشورة فى شكل توصيات غير ملزمة وليس فى شكل قرارات إدارية لأن هذه التوصيات لا تحدث أى تغيير فى المراكز القانونية القائمة .

ولكن استطلاع الرأى من جانب الأجهزة الادارية قد يكون نتيجة لممارسة اختصاص مقيد أى أن القانون يقيدها بأخذ المشورة قبل التصرف فى موضوع معين ، ولذلك فعدم استطلاع الرأى فى هذه الحالة يترتب عليه بطلان القرار الذى يتخذ لعدم اتباع الشكل والاجراءات المطلوبة ، وذلك باعتبار أن المشورة فى هذه الحالة هى من الاجراءات الجوهرية[1] وتفسيرنا لذلك هو أن المشرع عندما يقيد الأجهزة الادارية بأخذ رأى المشورة الوجوبية فهو يستهدف من ذلك كفالة حسن سيرها ، أو الحفاظ على المال العام من ناحية أخرى لا سيما إذا كانت المشورة بمناسبة إبرام عقد له قيمة مالية كبيرة .

---

(١) راجع مؤلفنا « الادارة الحديثة للمؤسسات والشركات العامة بمصر والدول العربية وتجربة اشتراك العمال فى الاداره س ١٩٨٨ ص ١٥٩ » .

- وللتوسع فى دراسة رقابة السلطة الوصائية على الأعمال راجع نفس مؤلفنا المشار إليه من صفحة ١٥٩ حتى صفحة ١٧٦ -

ويفرق القضاء الادارى فى كل من فرنسا ومصر بين الشكلية الجوهرية « Formalités substantielles » وبيّن الشكليات غير الجوهرية « Formalités non substantielles » ويقرر جزاء الالغاء بالنسبة للشكليات ، والاجراءات الجوهرية فحسب ، وقد أتت هذه التفرقة من قضاء مجلس الدولة الفرنسى الذى أنتهج سياسة قضائية تتمثل فى إهمال الشكليات إذا كانت ثانوية وغير مؤثرة فى مدى صحة القرار الادارى .

(ثانيا) الاذن أو الترخيص السابق :

ان الاذن هو وسيلة الرقابة السابقة على اتخاذ القرار من جانب الهيئات الادارية ولذلك فلا ينبغى إصدار القرار بدونه حتى لا يصبح مشوبا بعيب الشكل والاجراءات اذا كان القانون يستلزم ذلك .

والسبب فى ضرورة الحصول على الأذن أو الترخيص السابق هو الحيلولة دون تحقيق نتائج لا ترضى عنها السلطة لتعارضها مع تحقيق المصلحة العامة .

ضرورة الحصول على تصريح بالتعاقد بالنسبة لبعض العقود الادارية الهامة

يستلزم القانون بالنسبة إلى بعض العقود الهامة ، ضرورة حصول جهة الادارة المتعاقدة على تصريح أو اذن بالتعاقد من جهة يحددها بحيث لا تستطيع الادارة التعاقد كلية بدون هذا الاذن . وهناك يختلف الاذن عن شرط الاعتماد المالى ، فإن وجود الاعتماد المالى ليس شرطا لسلامة التعاقد . وليس هذا هو الشأن بالنسبة إلى شرط الحصول على الاذن بالتعاقد ، ذلك أنه حيث يشترط المشرع ضرورة الحصول على الاذن ، يكون هذا الأذن ضروريا لقيام الرابطة التعاقدية ، بمعنى أن تعاقد الادارة دون الحصول على هذا الاذن ، يؤدى إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا .(1) « nullité absolue » ذلك أن المسلم به فى الفقه الادارى الفرنسى أن القواع الخاصة بضرورة التصريح السابق ، هى قواعد متعلقة بالنظام العام «régle d,ordre public» لقيامها على أسباب جوهرية تتصل بالصالح العام اتصالا وثيقا .

---

(1) الدكتور العميد / سليمان محمد الطماوى – مرجع سابق – ٣٤١

★ تطبيقات قضائية :

بهذا المبدأ أخذ قسم الرأى بمجلس الدولة المصرى ، إذ جاء فى إحدى فتاويه الخاصة بضرورة موافقة البرلمان على العقود التى تتضمن تبرعا من جانب الدولة قوله : « ... إذا كانت السلطة التشريعية وهى سلطة مستقلة عن السلطة التنفيذية لم تعبر عن رأيها ، فان ارادة الدولة لا تكون حينئذ معيبة فحسب ، وإنما تكون منعدمة اطلاقا ، إذ أن انفراد السلطة التنفيذية الممثلة فى مجلس الوزراء بالتعبير عن ارادة الدولة فى عقد التبرع ، يعتبر منها طغيانا عن السلطة التشريعية بعدم إرادة الدولة . ومتى إنعدمت الارادة التى تعتبر العنصر الأساسى فى تكوين العقد كان العقد باطلا بطلانا مطلقا لا وجود له فى نظر القانون ، وإنما هو واقعة مادية بحته ، وبالتالى يسقط هذا العقد مع ما يترتب على ذلك من آثار[1] .

★ وفى فتوى أخرى ، يؤكد قسم الرأى أن عدم احترام الادارة لنص المادة ١٣٧ من دستور ١٩٢٣ ، وتعاقد الادارة على استغلال من موارد الثروة الطبيعية بلا اذن سابق من البرلمان . يجعل الترخيص « باطلا بطلانا مطلقا » . ويرد قسم الرأى على وجهة النظر الأخرى والقائلة بأن التصرفات التى تبرم بغير اذن البرلمان - مجلس الشعب - مع وجوب عرضها عليه تبقى نافذة لازمة ، ولا يكون هناك سوى المسئولية السياسية للوزراء ، أو الوزير ، يقول القسم : « ان الاختصاص فى القانون العام ، يقابل الأهلية فى القانون الخاص . وكما يشترط لكى يكون التصرف الفردى صحيحا منتجا لآثاره القانونية أن يكون المتصرف متمتعا بالأهلية القانونية لا برامه ، كذلك يشترط لصحة التصرف الادارى أن يكون الموظف الذى يصدر منه هذا التصرف مختصا ، وأن يكون موضوعه جائزا ومشروعا ، وأن تراعى فيه الشروط الشكلية التى ينص عليها القانون . على أن الاختصاص فى القانون العام أضيق نطاقا من الأهلية فى القانون الخاص ، إذ الأصل فى القانون الخاص أن الشخص ذو أهلية ما لم ينص القانون على عكس ذلك ، أما فى القانون العام ،

---

(١) فتوى فى ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٥٤ - مجموعة فتاوى المجلس - السنة الثامنة ومنتصف التاسعة - ص ٢٢٦ . وقد استطردت الفتوى تقول : «.. إلا أن هذه الآثار» «آثار الانعدام ، تقف عند الآثار المستقبلة دون الماضية ، لأن هذه الأخيرة لا يمكن المساس بها تأسيسا على حسن نية الطرف الآخر وعدم مسئوليته عن خطأ الدولة ، هذا البطلان لا تصححه الاجارة حتى ولو كانت بقانون . ومن ثم إذا رأت الدولة - تبعا لتقديرها - اعطاء إحدى الجمعيات قطعة أرض بإيجار رسمى ، فلها ان تصدر قانونا بابرام عقد جديد مع الجمعية المذكورة ... » واعتبرت الفتوى هذا المبدأ دستوريا لا يسقط بسقوط الدستور » .

فالأصل أن الموظف غير مختص بها إلا بالنسبة إلى المسائل التى تنص على اختصاصه بها . وفى الحالة المعروضة لا اختصاص للسلطة التنفيذية فى الترخيص باستغلال الثروة الطبيعية ، فالتزامها باطل بطلانا مطلقا لعدم اختصاصها به ، ومن ثم لا يترتب على هذا الالتزام الباطل أثر »[1] .

ولما كان العقد الذى تبرمه الادارة دون الحصول على الاذن السابق معدوما من الناحية القانونية ، فان المتعاقد مع الادارة لا يستطيع أن يتمسك به فى مواجهة الادارة فى هذه الحالة كما هو الشأن فى حالة عدم وجود الاعتماد المالى . ولكن هذا لا يعنى أن الفرد لا يستطيع الحصول على التعويض إذا لحقه ضرر من جراء تعاقد الادارة على خلاف المقرر . فالمسلم به أن الفرد هنا لا يستطيع أن يرجع على أساس الرابطة التعاقدية ، لأن هذه الرابطة لم توجد كلية ، ولكنه يستطيع أن يرجع على الادارة أما على أساس الخطأ وذلك نظرا لأن الادارة قد أخطأت بعدم الحصول على الاذن ، وأن خطأها هذا قد حمل المتعاقد أضراراً مادية أو معنوية ، وأما على أساس قاعدة الاثراء « بلا سبب » « sans cause » إذا استطاع أن يثبت أن الادارة قد أفادت من جراء تنفيذ العقد المعدوم .

أما إذا كان الفرد قد استفاد من العقد المعدوم ، فان مجلس الدولة المصرى قد أفتى بأن آثار العقد المعدوم والتى تمت فى الماضى « .. لا يمكن المساس بها تأسيسا على حسن نية الطرف الآخر وعدم مسئوليته عن خطأ الدولة » .

كما أن قسم الرأى قد أفتى أيضا بأنه لا سبيل إلى تصحيح العقد المعدوم للسبب السابق ، وان كانت الادارة تستطيع أن تبرم عقدا مبتدأ مع احترام القواعد المقررة ، فتنشأ الرابطة التعاقدية لأول مرة .

وهنا أيضا – وكما هو الشأن بالنسبة إلى الاعتماد المالى – إذا كان اذن البرلمان ضروريا ، فان الادارة بعد الحصول على هذا الاذن تحتفظ بحريتها فى اتمام الرابطة التعاقدية أو عدم اتمامها طبقا لمقتضيات الصالح العام . وبهذا المعنى أفتى قسم الرأى مجتمعا فى ١٩٥٣/١/٢٥ حيث يقول : « ويرى قسم الرأى مجتمعا أن عقد الترخيص بالبحث لا يتم إلا بعد صدور قبول الوزير المختص للايجاب الصادر من طالب

---

(١) واستطرد القسم قائلا : « أما المسئولية السياسية أمام البرلمان ، فهي لا ترد إلا بالنسبة إلى تصرفات تصدر من الوزير صحيحة فى حدود اختصاصه ، ويؤخذ عليها عدم ملاءمتها أو عدم اتفاقها مع الصالح العام » .

فتوى القسم رقم ١٦٢ فى ١٩٥٠/٥/١٨ – ص ٨٦ .

الترخيص ، وأن هذا القبول لا يكون إلا بناء على الاذن من البرلمان فى ذلك . والقانون الصادر من البرلمان متضمنا هذا الاذن . وان كان شرطا لابرام العقد ، إلا أنه غير ملزم للسلطة المختصة بالمنح ، فيبقى لهذه السلطة دائما أن تترخص فى تقدير ملاءمة منح الترخيص من عدمه بما لها من حسن الاشراف والرقابة على حسن استغلال موارد الثروة الطبيعية فى البلاد » .

ويأخذ الاذن فى الحالات السابقة صورا متعددة : فقد يصدر من البرلمان فى صورة قانون ، وهذه أقوى صور الاذن على الاطلاق ، وقد لا يفرغ فى صورة قانون . وقد يكون الاذن فى صورة قرار جمهورى أو قرار من مجلس الوزراء أو من الوزير أو من أية جهة إدارية أخرى . والمسلم به أن الحكم واحد فى جميع الحالات السابقة .

بعض العقود التى يجب موافقة جهة ادارية قبل ابرامها :

وهذه العقود كثيرة ومبعثرة . ويرجع فيها إلى كل قانون على حدة . على أن أبرز مظاهرها يتجلى فى علاقة الادارة المركزية بالهيئات اللامركزية التى تخضع لوصايتها . واللامركزية الادارية لها صورتان ، هما اللامركزية الإقليمية واللامركزية المصلحية ويرجع فى هذا الشأن للمراجع المتخصصة .

الفصـــل الثـــالث

سلطة الادارة فى تعديل نصوص العقد
من جانبها وحدها وأساس سلطة التعديل

مدى تطبيق مبدأ قوة العقد الملزمة فى العقود الادارية :

إن هذه السلطة ليست مقصوره على تخويل الادارة سلطة فى الرقابة على تنفيذ العقد ، أو سلطة فى توقيع جزاءات علىْ المتعاقد الذى لا يفى بالتزاماته بل يترتب على ذلك نتيجة هامة وهى سلطة الادارة فى تعديل بعض نصوص العقد من جانبها وحدها ، إذا استدعت مقتضيات المرفق العام ذلك التعديل لمقتضيات المصلحة العامة[1] .

وهذه السلطة التى تتمتع بها الادارة إزاء المتعاقد معها تعتبر أبرز الخصائص التى تميز نظام العقد الادارى عن نظام العقد المدنى . فأحكام العقد المدنى تقضى بأن العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للاسباب التى يقررها القانون (مادة ١٤٧ مدنى فقرة أولى) . بينما فى العقود الادارية يجوز للادارة أثناء تنفيذ العقد أن تعدل مدى التزامات المتعاقد معها ، فتزيد من الأعباء الملقاه على عاتقه أو تنقصها ، وذلك باجراء صادر من جانبها وحدها ، بل لها أن تنتهى العقد إذا ما رأت أن مقتضيات المرفق تستدعى ذلك كأن تقدر أن تنفيذ العقد أصبح غير ضرورى للمصلحة العامة أو أنه أصبح غير متفق مع حاجات المرفق العام . وذلك حسبما سنعود إلى شرحه تفصيلا بالباب العاشر من هذا المؤلف .

والواقع أن سلطة الادارة فى تعديل بعض نصوص العقد من جانبها وحدها لا تلغى قوة العقد الملزمة ، إنما تحد من مدى هذه القوة الملزمة ، أو على وجه أدق تضفى عليها طابعا خاصا بها فى العقود الادارية .

ويجدر بنا أن نشير بهذا الصدد إلى الاستثناء الهام الذى أورده القانون المدنى المصرى على مبدأ قوة العقد الملزمة ، فبعد أن قررت المادة (١٤٧) فى فقرتها الأولى المبدأ العام ، أوردت فى الفقرة الثانية منها استثناء مقتضاه جواز تعديل القاضى للعقد

---

(١) LAUSADEE- Du «pouvoir de L,Administration, d,imposer unilatérment des changements aux dispositions des contrats administratifs 1954 p. 39.

في حالة وقوع حوادث طارئة ، وسنتناول هذا الاستثناء عند دراستنا لنظرية الظروف الطارئة .

أساس سلطة التعديل وطبيعتها :

★ تؤسس هذه السلطة على فكرة المرفق العام . فينبغي الوفاء بحاجات المرفق العام وجعلها مسايرة للتطورات التي تستلزمها مقتضياتها . والادارة العامة دون سواها هي صاحبة الاختصاص في تنظيم المرفق العام وفي تحديد قواعد تسييره ، وعند الضرورة في تعديل هذه القواعد ، ومساهمة الأفراد في تسيير المرفق العام ، سواء اتخذت هذه المساهمة شكل عقد التزام بمرفق عام ، أو عقد أشغال عامة ، أو عقد توريد أو غيره من العقود الادارية ، فانها على أي حال لا تسلب الادارة العامة حقها في تنظيم المرفق العام وفي ادخال ما ترى من تعديلات على شروط تسييره[1] .

★ فهذه السلطة مستمدة من طبيعة المرفق العام لا من نصوص العقد إذا أشارت إليها هذه النصوص ، ولا تعدو نصوص العقد في هذه الحالة الأخيرة على تنظيم تلك السلطة وبيان أوضاع ممارستها وما يترتب على ممارستها من تعويض للمتعاقد مع الادارة وذلك حسبما سنعود إلى بيانه .

★ ويترتب على ذلك أن الادارة العامة تتمتع بسلطة التعديل حتى إذا لم ينص عليها العقد ، ونظرا إلى أنها تتعلق بالنظام العام فلا يجوز للادارة أن تتنازل عن ممارستها تنازلا كليا أو جزئيا .

نطاق تطبيق سلطة التعديل :

كان القضاء الاداري الفرنسي في أول الأمر يخضع العقود الادارية لنفس الأحكام التي تخضع لها العقود المدنية ، فلم يكن من الجائز تعديل أي نص من نصوصها ، وبصفة خاصة عقود التزام المرافق العامة ، إلا باتفاق طرفي العقد .

على أنه عدل عن هذا الاتجاه وأخذ لأول مرة بشكل واضح بمبدأ سلطة الادارة في تعديل عقودها الادارية في حكم هام أصدره سنة ١٩١٠ بشأن عقد التزام بمرفق

---

(١) محكمة القضاء الاداري في ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥١ (المجموعة س ٦ ص ٣١٤) ، وفي ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٢ (المجموعة س ٧ ص ٧٦) وفي يونيو سنة ١٩٥٣ (المجموعة س ٧ ص ١٣٩٧) ، وفي ١٦ يونيو سنة ١٩٥٣ (المجموعة س ٧ ص ١٥٦٣) .

عام ، إذ قضى هذا الحكم بأنه يجوز للادارة أن تتخذ من الاجراءات ما تراه ضروريا للوفاء بالحاجات العامة ولتحقيق المصلحة العامة ، بقطع النظر عما تقرره نصوص العقد ، فلها أن تفرض على الملتزم أداء خدمات تزيد عن تلك التى ينص عليها العقد ، مستندة فى ذلك لا إلى نصوص العقد التى تمنحها هذا الحق ، بل باعتبارها ممثلة للمصلحة العامة .

★ وقد أخذ القضاء الادارى الفرنسى فى أحكامه التالية بهذا المبدأ الجديد ، كما أقره الفقه ، فيما يتعلق بغيره من عقود التزام المرافق العامة .

★ على أن سلطة الادارة فى تعديل نصوص العقد ليست مقصورة على الالتزام بل تتجاوزه إلى غيره من العقود الادارية ، فتشمل عقد الأشغال العامة ، كما تشمل عقد التوريد .

★ وإذا كان الرأى الراجح فى الفقه الادارى الفرنسى يقرر للادارة سلطة تعديل بعض نصوص العقود الادارية أو إنهاء هذه العقود من جانبها وحدها ، فان بعض الفقهاء يذهب إلى قصر هذه السلطة على عقود التزام المرافق العامة وعقود الأشغال العامة دون غيرها ، وذلك بالنظر إلى الطبيعة الخاصة لهذه العقود . بل أن بعض الفقهاء ينكر للادارة العامة سلطتها هذه فى التعديل أو الانهاء[1] . ولكننا نرى أن هذا الاتجاه أصبح مرجوحا حسبما سيأتى بيانه .

حدود سلطة التعديل :

إن سلطة التعديل هذه شاملة فتتناول جميع العقود الادارية ، ولكنها ليست مطلقة . فهى شاملة تطبق على كل العقود الادارية ، ولكنها لا تطبق عليها جميعا على حد سواء وبنفس القدر . بل تختلف باختلاف العقود وذلك على أساس مدى مساهمة المتعاقد مع الادارة فى تسيير المرفق العام . اذ أن سلطة الادارة فى التعديل ليست الا نتيجة مترتبة على سلطتها على المرفق العام . فكلما كانت صلة العقد بالمرفق العام أوثق كانت سلطة التعديل أوضح .

---

(١) دكتور توفيق شحاته : مبادىء القانون الادارى ص ٨٠٤ ومابعدها ويشير إلى « L.Huilier»

وتبدو هذه السلطة فى ابرز مظاهرها فيما يتعلق بعقد الالتزام ، إذ ان موضوعه تسيير مرفق عام . كما تظهر أيضا على هذا النحو بالقياس إلى عقد الأشغال العامة ، إذ أن الادارة صاحبة الاختصاص الأول والأصيل فيما يتعلق بهذه الأشغال وتبدو فى حدود أضيق حين لا يكون موضوع العقد مساهمة مباشرة للمتعاقد مع الادارة فى تسيير المرفق العام ، كما هو الحال بالقياس إلى عقود التوريد حيث التزامات المتعهد بالتوريد تشركه فى تسيير المرفق العام ولكن بطريق غير مباشر .

بالاضافة إلى هذا القيد الذى يحدد مدى ممارسة سلطة التعديل باختلاف العقود الادارية ومقدار اتصالها بتسيير المرفق العام ، ينبغى أن نذكر قيدا آخر يتصل بمقدار الأعباء الجديدة التى تلقى على عاتق المتعاقد مع الادارة على أثر ممارستها لهذه السلطة[1] ، فإذا تجاوزت تلك الأعباء الحدود الطبيعية العادية فى نوعها وفى أهميتها ، كأن يكون من شأنها تبديل موضوع العقد تبديلا شاملا ، أو حين تتجاوز إمكانيات المتعاقد الفنية أو الاقتصادية ، جاز لهذا المتعاقد أن يمتنع عن تنفيذها وأن يطلب فسخ العقد ، وللقاضى سلطة تقدير ما إذا كان طلب الفسخ له ما يبرره . حسبما سنعود الى تفصيله بالباب العاشر من هذا المؤلف .

غير أن سلطة التعديل ليست مطلقة . فلا تمارس بالقياس إلى جميع نصوص العقد ، بل تقتصر على بعضها وهى تلك التى تتصل بسير المرفق العام وتمس مقتضياته ، فيجوز للادارة دائما أن تزيد فى الأعباء الملقاة على عاتق المتعاقد معها فى سبيل تحقيق مصلحة المرفق العام ، ولكنها لا تملك تعديل النصوص المنظمة للروابط المالية الناشئة بين المتعاقدين ، كثمن الخدمات ، أو المزايا المالية المتفق عليها والتى يتمتع بها المتعاقد مع الادارة .

مقابل سلطة التعديل :

إذا كان من المتفق عليه أن للادارة سلطة تعديل بعض نصوص العقد ، فلا يجوز أن يقف المبدأ عند هذا الحد وإلا اشتملت العقود الادارية على عنصر مناف للعدالة ، ولما تقدم أحد للتعاقد مع الادارة ما دام مهددا بذلك التعديل الذى يزيد من التزاماته . لذلك تقضى العدالة بضرورة اعادة التوازن المالى الذى أبرم العقد على أساسه وذلك بمنح المتعاقد مع الادارة تعويضا عن الأضرار التى تكون لحقته

---

(١) محكمة القضاء الادارى فى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥١ (المجموعة س ٦ ص ٣١٤) ، وفى ١٥ فبراير سنة ١٩٥٤ ، (المجموعة س ٨ ص ٦٨٣) .

في مركزه التعاقدى ، على أثر ممارسة سلطة التعديل . فان ايثار ضرورات المرفق العام على المصالح الخاصة للمتعاقد مع الادارة ليس معناه التضحية بهذه المصالح بحيث يتحمل المتعاقد مع الادارة وحده جميع الأضرار بل يجب أن يتساوى الأفراد فى تحمل الأعباء العاملة[1] .

على أنه يجب أن نلاحظ مبدئيا أن استعمال الادارة لسلطة التعديل يعتبر ممارسة لحق مشروع مقرر لها ، ولا يعتبر خطأ يستتبع مسئوليتها ، صحيح أن للمتعاقد مع الادارة حقا فى التعويض سواء كان على أثر عمل غير مشروع من جانبها ، أم على أثر ممارستها لسلطتها فى التعديل ، ولكن أساس التعويض يختلف فى كل الحالتين . ففى الحالة الأولى أساسه مسئولية تعاقدية من جانب الادارة ، اما فى الحالة الثانية فالتعويض مؤسس على فكرة التوازن المالى للعقد .

سلطة التعديل فى القانون المصرى :

(أولا) فى التشريع :

طبق المشرع المصرى على عقد التزام المرافق العامة المبدأ الذى يقرر للادارة سلطة تعديل بعض نصوص العقد ، كما راعى مقابل ذلك حق المتعاقد مع الادارة فى التعويض إذا كان له محل ، فالمادة ٥ من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة تنص على أن : « لمانح الالتزام دائما متى اقتضت ذلك المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله ، وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به ، وذلك مع مراعاة حق الملتزم فى التعويض أن كان له محل » .

وقبل صدور هذا القانون والنص على المبدأ على ذلك الوجه الدقيق ، جرت دفاتر الشروط العامة لعقود الالتزام على النص على سلطة الادارة هذه وما قد تستتبعها ممارستها من حق الملتزم فى التعويض ، وذلك تحت عنوان « التعديلات الواجب ادخالها فى مصلحة المرفق العام » .

وبالقياس إلى عقود الأشغال العامة ، نجد أن دفاتر الشروط العامة والمواصفات

---

(١) محكمة القضاء الادارى فى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥١ (المجموعة س ٦ ص ٢١٤) ، وفى ٢ يونيو سنة ١٩٥٣ (المجموعة س ٧ ص ١٣٩٧) ، وفى ١٦ يونيو سنة ١٩٥٣ (المجموعة س ٧ ص ١٥٦٣) .

المتعلقة بالمقاولات تتضمن نصوصا مماثلة تقرر أن للادارة العامة فى أى وقت أو بعد بدء العمل ، أن تعدل فى الأعمال بالزيادة أو النقص ، ولها الحق فى حذف بعض الأعمال أو اضافة أعمال أخرى . وذلك كله فى حدود نسبة معينة (٢٠٪ عادة) من قيمة العقد . كما أن لها أن تغير موقع العملية إلى موقع آخر غير المحدد لها فى العقد ، وذلك فى حدود دائرة معينة . وتنص هذه الدفاتر على التعويض الذى يمنح للمقاول عن الخسارة التى قد تكون لحقت به ، وذلك بشرط ألا يتوقف المقاول عن تنفيذ العمل فى أية حالة .

وقد ذكرنا أن سلطة الادارة فى التعديل مستمدة من مبادىء القانون العام التى تحكم المرافق العامة ، ولا تنشئها النصوص التشريعية أو التعاقدية ، فلا تزيد هذه النصوص على تقرير ذلك الأصل العام واعلانه وتنظيمه .

(ثانيا) فى القضاء :

خضعت أحكام القضاء المصرى لتطور مماثل لذلك الذى مرت به أحكام القضاء الفرنسي .

فكانت المحاكم القضائية إذ تطبق قواعد القانون المدنى على العقود الادارية تقضى بأن العقد شريعة المتعاقدين ، وترفض كل تعديل تدخله الادارة على عقودها ، إذا لم تكن هذه العقود قد نصت على منحها حق التعديل .

على أنه حتى قبل انشاء مجلس الدولة والأخذ بالمبادىء الادارية ، أقر القضاء المدنى فى بعض أحكامه سلطة الادارة فى تعديل بعض نصوص العقود الادارية .

وقد تأيدت سلطة الادارة فى تعديل نصوص العقود الادارية بشكل واضح فى أحكام محكمة القضاء الادارى التى طبقت المبادىء الحديثة بشأن تنفيذ العقود الادارية ، فبينت هذه الأحكام أوجه الاختلاف التى تميز العقود الادارية عن العقود المدنية ، فبينما تكون مصالح الطرفين فى العقود المدنية متوازية ومتساوية ، اذ هى فى العقود الادارية غير متكافئة ، اذ يجب أن يعلو الصالح العام على المصالح الفردية الخاصة . ورتبت على هذه الفكرة التى تحكم الروابط الناشئة عن العقد ، أن لها دائما حق تغيير شروط العقد واضافة شروط جديدة بما قد يتراءى لها أنه أكثر اتفاقا مع الصالح العام دون أن يتحدى الطرف الآخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين ...

كما يترتب على هذه الفكرة أن للادارة دائما سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام . وليس للطرف الآخر إلا الحق فى التعويضات ان كان لها وجه . وهذا على خلاف الأصل فى العقود المدنية التى لا يجوز أن يستقل أحد الطرفين بفسخها أو انتهائها دون ارادة الطرف الآخر[1] . وأن « علاقة المتعاقدين فى العقود الادارية لا تستند إلى شروط هذه العقود فقط ، وإنما أيضا إلى **القواعد القانونية والتنظيمية** الخاصة بالمرفق العام »[2] .

ومن جهة أخرى أقرت أحكام محكمة القضاء الادارى ، كما تبينا ، حق المتعاقد مع الادارة فى المطالبة بتعويض على أثر تعديل نصوص العقد ، أو زيادة الالتزامات الملقاه على عاتقه والتى لم ينص عليها العقد ، إن كان لهذا التعويض وجه .

★ على أنه إذا تجاوزت الالتزامات الجديدة الملقاه على عاتق المتعاقد مع الادارة الحد المعقول فى نوعها وفى أهميتها ، جاز له الامتناع عن تنفيذها ، أو المطالبة بفسخ العقد ، كل ذلك تحت رقابة القضاء الذى له أن يقدر إذا كان الامتناع عن التنفيذ أو طلب الفسخ له ما يبرره[3] .

★ وجدير بالذكر أنه من المنازعات التى يخضع فيها المرفق العام لرقابة القضاء الادارى هى تلك المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية ، وكذلك المنازعات المتعلقة بتنظيمه وسيره ، والقرارات التى يصدرها متى كان يصدق عليها وصف القرارات الادارية ، أى تكون صادره من المرفق العام بوصفه سلطة عامة .

★ ★ ★

★ ومن جهة أخرى فللمرفق العام حق الطعن فى قرارات السلطة الوصائية التى تمارس عليه السلطة الوصائية كما هو الوضع بالنسبة إلى حالة الاذن أو الترخيص السابق حسبما سبق بيانه .

★ وذلك متى كانت هذه القرارات مشوبة بأحد عيوب القرار الادارى .

---

(١) محكمة القضاء الادارى فى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥١ (المجموعة س ٦ ص ٢١٤) . أنظر أيضا حكمها فى ٢ يونيو سنة ١٩٥٣ (المجموعة س ٧ ص ١٣٩٧) ، وفى ١٦ يونيو سنة ١٩٥٣ (المجموعة س ٧ ص ١٥٦٣) ، وفى ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٣ (المجموعة س ٨ ص ٢١٩) ، وفى ٨ مارس سنة ١٩٥٤ (المجموعة س ٨ ص ٨٨٠) .

قارن أيضا بذلك حكم محكمة استئناف الاسكندرية فى ٤ مارس سنة ١٩٥٣ (المحاماة س ٣٢ ص ١١٢٦ رقم ٢٨٧) .

(٢) محكمة القضاء الادارى فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٢ (المجموعة س ٧ ص ٧٦) .

(٣) حكم محكمة القضاء الادارى فى ١٥ فبراير سنة ١٩٥٤ (المجموعة س ٨ ص ٦٨٣) .

★ فلكى تلتزم سلطة الوصاية الحدود المرسومه لها ، يجب أن يكون هناك أوجه طعن فى قراراتها عندما تتجاوز الحدود[1] أى عندما تتجاوز حدود المشروعية الشكلية والموضوعية أو كلاهما .

★ وجدير بالإحاطة أن السلطة الوصية لا تستطيع إبطال قرار الهيئة اللامركزية المستقلة إلا إذا كان قرارها غير مشروع ، كما لو كان مخالفا للقانون أو لقواعد الاختصاص أو مشوبا باساءة استعمال السلطة ، أو غير ذلك من أسباب عدم المشروعية .

★ وجدير بالذكر أيضا أن السلطة الوصية عندما تقوم بابطال القرارات غير المشروعة ، فهى تقوم بذلك العمل على الوجه الذى يقوم به القاضى ، فقد تنصب رقابتها على المشروعية كما تنصب على المشروعية والملاءمة طبقا للرأى الراجح فى فقه القانون الادارى .

★ غير أنها لا تعتبر على أى حال سلطة قضائية فالموظف الذى يقوم بهذه السلطة كما يقول العميد « هوريو » لا يخرج عن كونه إداريا حيث يقول :

« L,administrateur qui annule pour déterminée annule à la Facon d, une Juge, dans tous les cas beaucoup mois administrateur que Lo,resqu,il annule d,une Façon discretionnaire d,office .... ».

---

(١) Hauriou: Repretioir de Dr, Ad Paris 1892 P.487 - 1188.

★ مشار للمرجع بمؤلفنا « الادارة الحديثة للمؤسسات والشركات العامة » مرجع سابق ص ١٦٥ .

★ تباينت الآراء فيما إذا كانت سلطة الوصاية تراقب الملاءمة أو الملاءمة والمشروعية ، فيرى البعض أنها تراقب المشروعية فقط بينما تقوم السلطة الرئاسية بمراقبة الملاءمة والمشروعية ، ونحن نتفق مع الاستاذ الدكتور مصطفى أبو زيد فهمى فى أن سلطة الوصاية من حقها رقابة الملاءمة والمشروعية .

راجع مؤلفنا الادارة الحديثة للمؤسسات والشركات – مرجع سابق – متن وهامش – ص ١٦٥ .

الفصل الرابع

مدى سلطة الادارة فى توقيع الجزاءات على المتعاقد معها

أهمية الجزاءات فى العقود الادارية وخصائص نظامها :

تخضع العقود لأصل عام من أصول القانون يقضى بأنه يجب تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية[1] . واذ كانت أحكام هذا الأصل العام تطبق على العقود المدنية حيث يمثل الطرفان مصالح فردية خاصة ، فانها تطبق على وجه أخص فى العقود الادارية ، حيث التزامات المتعاقد مع الادارة تنصب على المصلحة العامة التى تمثلها الادارة .

وكل لخلال من جانب المتعاقد مع الادارة ليس مقصورا على أن يكون اخلالا بالتزام تعاقدى ، وانما فيه أيضا مساس بالمرفق العام الذى يتصل به العقد ، لذلك وجب أن تكون الجزاءات المترتبة على هذا الاخلال شديدة ، فقد يكون من شأنه احداث اضطراب خطير من الناحية الاقتصادية والاجتماعية .

ونظام الجزاءات فى العقود الادارية لا يستهدف فقط اعادة التوازن بين الالتزامات المتبادلة التى تنشأ بين طرفى العقد ، ولا يتسم بطابع العقوبات التى توقع على المتعاقد مع الادارة ، انما هدفه الأساسى الوصول الى تنفيذ الالتزام المتصل بسير المرفق العام ، أو استبعاد الاختلال الذى قد يلحق المرفق العام لذلك يتميز باستعمال الوسائل التى تصل الى تحقيق موضوع العقد ، ومن هذه الوسائل على وجه الخصوص سلطة التنفيذ المباشر .

ومن ثم وجب أن نبحث فيما اذا كانت الجزاءات مقصوره على تلك المنصوص عليها فى العقد أم أنها تتجاوزها الى غيرها ؟

ففى حالة عدم وجود نص فى العقد يقرر توقيع الجزاءات ، فهل يترتب على اخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية عدم توقيع جزاءات عليه ؟ ومن جهة أخرى ما هى الجزاءات التى يجوز توقيعها على المتعاقد مع الادارة وتلك التى لا يجوز توقيعها .

---

(١) وقد أورد القانون المدنى المصرى هذا الأصل العام ، اذ نصت المادة ١٤٨ منه على أنه «يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع يوجبه حسن النية» .

وللاجابة على ذلك نفرق بين الجزاءات التعاقدية ، والجزاءات غير التعاقدية على النحو التالى :

الجزاءات التعاقدية والجزاءات غير التعاقدية فى الفقه والقضاءين الفرنسى والمصرى :

المذهب القديم :

كان المبدأ السائد فى الفقه الادارى الفرنسى والذى أيده القضاء الادارى فى حكمين شهيرين نذكر منهما حكم chenins de Fer d,orléans .

ويقول الحكم :

" .. ، أن الجزاءات التى يجوز توقيعها على المتعاقد مع الادارة هى تلك التى نص عليها العقد ، دون غيرها . اذا بينت نصوص العقد اجزاءات التى توقع طبقت هذه النصوص ، أما فى حالة عدم نص العقد على جزاءات ، فلم يكن يسمح للقاضى بتلافى هذا النقص وتقرير جزاءات من عنده . فلم يكن أمام الادارة الا توقيع جزاء واحد ، ذلك الذى تقضى به القواعد العامة ، وهو الغاء العقد وتحميل للمتعاقد مع الادارة التبعات المالية لهذا الالغاء "

فاذا لم ينص العقد على جزاءات متدرجة تتناسب فى خطورتها مع عدم وفاء المتعاقد مع الادارة ببعض التزاماته ، كانت الادارة مكتوفة الأيدى ، لا تملك سوى وسيلة واحدة وهى الغاء العقد ، ولكنها لم تكن تلجأ الى هذه الوسيلة الا فى حالة اخلال خطير من جانب المتعاقد معها بالتزاماته .

ومن ثم فازاء وقوع بعض الاهمال من جانب المتعاقد مع الادارة أو الاخلال اليسير بالتزاماته ، لم يكن أمام الادارة الا أحد حلين وهما : اما أن تتغاضى عن هذا الاهمال أو الاخلال اليسير وتتحملهما ، واما أن تفسخ العقد ، وفى الأخذ بأى الحلين تطرق غير مستساغ فلم يكن معقولا ، فى حالة عدم نص العقد على جزاءات ألا تترتب على الاخلال بالإلتزامات التى يقررها توقيع أى جزاء .

وبالقياس الى العقود الخاصة ينظم القانون المدنى الجزاءات المترتبة على عدم وفاء أحد الطرفين بالتزاماته[١] ، حتى اذا لم ينص العقد على ذلك فكان من

---

(١) تنص المادة (١/١٥٧) من القانون المدنى المصرى رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ على مايلى :-

الضرورى من باب أولى تنظيم مثل تلك الجزاءات بالقياس الى العقود الادارية بسبب اتصالها بالمصلحة العامة .

المذهب الحديث :

تحت تأثير هذه الأفكار عدل القضاء الادارى الفرنسي عن موقفه السابق ، وذلك فى حكم أصدره سنة ١٩٠٧ . وقضى هذا الحكم بأن نصوص العقد تحدد التزامات كل من طرفيه . وأن الاخلال بهذه الالتزامات يجب أن يترتب عليه توقيع جزاء . واذا لم ينص العقد على الجزاءات التى توقع فى حالة الاخلال بالالتزامات ، جاز للقاضى بناء على طلب الطرف الآخر (المضار) أن يحكم بجزاءات تتناسب ومدى الاخلال بنصوص العقد .

ويعتبر الاتجاه الذى استحدثه حكم مجلس الدولة سنة ١٩٠٧ خطوة هامة بالقياس الى النظريات التى كانت سائدة ، اذ أنه استبعد المبدأ الذى كان من شأنه التركيز على نصوص العقد فيما يتعلق بتوقيع الجزاءات ، فسكوت العقد لا يحمى المتعاقد مع الادارة عن اخلاله بالتزاماته ، كما أنه لا يضطر الادارة الى الالتجاء الى هذا الاجراء العنيف وهو فسخ العقد .

على أن هذه الخطوة لم تكن كافية ، ذلك أن الحكم بالتعويض الذى تنص عليه أحكام القانون المدنى يستلزم تدخل القضاء ، بينما مقتضيات المرافق العامة التى تبرم بشأنها العقود الادارية ، تستدعى منح الادارة نفسها سلطة توقيع الجزاء على أن تخضع فى هذا التصرف لرقابة القضاء اللاحقة ، وقد أخذ مجلس الدولة الفرنسى بهذا الحل فى حكم أصدره سنة ١٩٢٩ م .

الخلاصة :

من شأن هذا التطور الأخير أصبح نظام الجزاءات التى توقع فى العقود الادارية ، متمايزا عن ذلك الذى يوقع فى العقود المدنية ، فبينما يشترط فى عقود القانون الخاص صدور حكم قضائى بالتعويض ، يجوز للادارة بالنسبة الى العقود الادارية أن تتخذ جميع الاجراءات اللازمة لكفالة تنفيذ الالتزامات الناشئة عن تلك العقود ، ومنها توقيع جزاء دون انتظار لصدور حكم من القضاء .

على أن المتعاقد مع الادارة يتمتع بضمانات ، منها ، أنه لا يجوز للادارة توقيع .

- «فى العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزاماته جاز للمتعاقد الأخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتض» .

جزاءات عليه الا بعد اعذاره بالقيام بالتزاماته ، ما لم ينص العقد صراحة على الاعفاء من الاعذار ويخضع تصرف الادارة لرقابة القضاء اللاحقة(1) .

تحديد الجزاءات المترتبة على الاخلال بالالتزامات التعاقدية :

نبين ذلك فيما يلى :

(أولا) : عدم جواز الاستعاضة عن الجزاءات المنصوص عليها فى العقد بغيرها :

حين ينص العقد على جزاءات معينة تطبق فى حالة الوفاء بالالتزام أو الاخلال به ، لا يجوز فى هذه الحالة أن تستبدل بهذه الجزاءات جزاءات أخرى فاذا جاز تلافى نقص العقد فيما لم ينص عليه من جزاءات ، فمن غير الجائز الاستعاضة عن نص صريح محدد من نصوصه بجزاء آخر ، حتى اذا تبين أن الجزاء المنصوص عليه فى العقد غير كاف .(2)

على أنه يجوز للادارة فى بعض الأحيان أن تحل محل المتعاقد معها حلولا جزئيا أو مؤقتا فى القيام بالالتزامات التى لم يقم بوفائها ، حتى اذا لم ينص العقد على هذا الحلول .

(ثانيا) الجزاءات الجنائية :

اذا كان عدم وفاء المتعاقد مع الادارة بالتزامه يعتبر فى نفس الوقت جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات ، فالجزاء الذى ينص عليه هذا القانون يطبق على المتعاقد مع الادارة ، كما هو الحال مثلا فيما يتعلق بمخالفات قانون التنظيم التى تصدر من مقاول الأشغال العامة أو الملتزم بمرفق عام .

وفى غير الحالات التى ينص القانون على اعتبارها جرائم فان اخلال المتعاقد مع الادارة بالتزاماته لا يستتبع توقيع عقوبات جنائية ، لأن الجزاءات التى توقع على المتعاقد مع الادارة فى هذه الحالة لا يمكن أن تكون الا جزاءات مدنية ، والنصوص التى يشتمل عليها العقد لا يمكن أن تعتبر نصوص لائحة من لوائح الضبط الادارى .

وقد جرى البحث فيما اذا كان يجوز للادارة أن تستعمل سلطتها فى اصدار لوائح ضبط ادارى لتحول اخلال المتعاقد بالتزاماته الى مخالفات جنائية .

---

(1) أخذت محكمة القضاء الادارى بهذا الإتجاه فى ٢٣ يونيو سنة ١٩٥٣ (المجموعة - ٧ ص ٠ .

(2) حكم محكمة القضاء الادارى فى ١٣ مايو ١٩٥٢ (المجموعة س ٦ ص ٩٥٧)

إن الرأى السائد فى القضاء الادارى الفرنسى أنه يجوز للادارة أن تصدر لوائح ضبط ادارى للمحافظة على النظام العام ، أى لوائح تستهدف كفالة الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة ، وأن تطبق أحكام هذه اللوائح على المتعاقدين معها . أما اذا أصدرت الادارة تلك اللوائح مستهدفة النظام العام فى ظاهرها ، ولكنها فى الواقع لم تقصد الا المتعاقد معها ، وكان اصدارها لهذه اللوائح وسيلة لارغام المتعاقد معها على الوفاء بالتزاماته ، ففى ذلك انحراف باستعمال سلطات الضبط الادارى عن الغرض الذى أنشئت من أجله .

(ثالثا) الجزاءات المالية :

الجزاء الأساسى لعدم الوفاء بالالتزام فى القانون المدنى هو الحكم بالتعويض أى الحكم بمبلغ من المال يمثل الضرر الذى لحق بالطرف الآخر ومثل هذا الجزاء يطبق فى العقود الادارية ، مع ملاحظة أن الفكرة فيه تتمثل فى ارغام المتعاقد مع الادارة على تنفيذ التزامه أكثر منها تعويض الادارة عن الضرر الذى يكون لحق بها .

كما أن للادارة أن توقع على المتعاقد معها جزاء ماليا آخر يتمثل فى الغرامة[1] . وتختلف الغرامة عن التعويض فى أنه ينص عليها وتحدد فى العقد فى حالة عدم الوفاء بالتزام أو الاخلال به ، وتعتبر بمثابة تعويض جزافى ، وفى هذه الحالة للادارة أن توقع هذا الجزاء المالى دون أن تلزم باثبات أن ضررا لحق بها .

ويأخذ القانون المدنى بنظام الغرامة التهديدية ، ومقتضاه أنه يجوز للدائن أن يحصل على حكم بالزام المدين بالتنفيذ ويدفع غرامة تهديدية ان امتنع عن ذلك ، لاكراهه على التنفيذ . ونظرا الى أن لدى الادارة جزاءات أخرى أشد مضاء تطبقها فى حالة عدم وفاء المتعاقد مع الادارة بالتزاماته ، **فقد رؤى فيما يتعلق بالجزاءات**

---

(١) تنص لائحة المناقصات والمزايدات ، على أنه عند التأخير فى التوريد ، للحكومة اتخاذ اجراءات مختلفة منها اعطاء المتعهد مهلة اضافية للتوريد ، على أن توقع عليه غرامة حددت نسبتها عن كل مدة تأخير ، كما نصت على نسب الغرامات التى توقع على المقاولين عن تأخرهم فى انجاز الأعمال الموكول اليهم تنفيذها ، وذلك كله دون حاجة الى اتخاذ اجراءات قضائية ، ودون الاخلال بحق الادارة فى المطالبة بأى تعويض نظير الاضرار التى تحدث عن عجز المتعاقد مع الادارة فى تنفيذ عقده .

المالية الاكتفاء بالغرامة والتعويض ، وعدم الأخذ بنظام الغرامة التهديدية المطبق فى القانون الخاص .

(رابعا) الاجراءات القهرية المؤقتة :

اذا لم يف المتعاقد مع الادارة بالتزاماته جاز للادارة من ناحيتها أن تمتنع عن تنفيذ التزاماتها ، على أن امتناع الادارة عن تنفيذ التزاماتها يترتب عليه المساس بسير المرفق العام ، بينما الهدف الأساسى الذى تصبو اليه الادارة عن طريق توقيع الجزاءات ، هو على العكس من ذلك ، العمل على تنفيذ العقد وعلى تسيير المرفق العام ، لذلك تلجأ الادارة الى وسائل أخرى تحصل بها على تنفيذ الالتزام .

ومن هذه الوسائل أن تحل الادارة بنفسها محل المتعاقد معها فى تنفيذ الالتزام ، أو أن تعهد بتنفيذه الى شخص آخر[1] ، وقد يكون هذا الحلول عن طريق الادارة أو عن طريق تكليف شخص آخر ، مؤقتا أى محددا بزمن معين أو بالقياس إلى عملية بالذات من العمليات التى يتضمنها العقد فهذا الاجراء لا ينهى العقد الذى يبقى قائما ولا يزيد على أن يكون موقوفا ، ويكون الحلول على حساب المتعاقد مع الادارة ، فينفذ الالتزام التعاقدى على مسئوليته المالية . على أن استعمال مثل هذه الوسائل القهرية لا يكون الا فى حالة الاخلال بالتزام اخلالا خطيرا .

(خامسا) الاجراءات الرادعة النهائية :

أما اذا اتضح أنه لم يصبح فى وسع المتعاقد مع الادارة الوفاء بالتزاماته على وجه مرض ، أو كان الاخلال بالالتزام اخلالا خطيرا جدا ، فيوقع عليه أخطر جزاء ، ذلك الذى ينهى العقد ، وهو فسخ العقد[2] ، دون أن يتوقف هذا القرار على صدور حكم قضائى[3] . وسنوضح ذلك تفصيلا بالباب العاشر من هذا المؤلف .

---

(١) تنص لائحة المناقصات والمزايدات على أنه فى حالة عدم قيام المتعهد بالتوريد فى الميعاد المحدد بالعقد أو فى غضون المهلة الاضافية التى يمكن منحها ، فللادارة شراء الاصناف التى لم يقم المتعهد بتوريدها ، من غيره ، على حسابه ، وبالطريقة التى تضمن بها الحصول على الصنف ، سواء بالممارسة أو بعطاءات محلية أو عامة .

(٢) تناولت لائحة المناقصات والمزايدات أحكام الغاء التعاقد بالنسبة لعقود التوريد فيما يختص بالاصناف والكميات المتأخر توريدها ، وسحب العمل من المقاول بالنسبة لعقود الأشغال العامة .

(٣) قارن فى ذلك حكم المادة ١٥٧ من القانون المدنى المصرى التى تنص على أنه «اذا لم يوفـ-

ونظرا الى أنه على الرغم من فسخ العقد ، يجب كفالة سير المرفق العام ، ويستتبع الغاء العقد عادة ابرام عقد جديد مع متعاقد آخر ، فان هذا العقد الجديد يبرم على حساب المتعاقد مع الادارة وتحت مسئوليته المالية ، فاذا كانت شروط العقد الجديد تستتبع زيادة فى التكاليف المالية التى تقع على عاتق الادارة فان المتعاقد معها الأول هو الذى يتحمل مسئولية هذه النتائج المالية .

• • •

- أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه ، مع التعويض فى الحالتين ان كان له مقتض ، ويجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلا اذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى الالتزام فى جملته ». .

الفصل الخامس

مدى التزام الادارة باعذار المتعاقد معها قبل توقيع الجزاء

ان نظرية الجزاءات فى العقد الادارى لا ترسم فقط حقوق الادارة وسلطاتها ازاء متعاقدها الآخر . بل أيضا تعترف لهذا الأخير بضمانات قانونية لحماية حقوقه عن تجاوز الادارة حدود سلطتها . وتتمثل هذه الضمانات فى التزام الادارة بأن تعذر المتعاقد معها بالجزاء قبل توقيعه عليه ، ويعتبر هذا الالتزام اجراء جوهريا – فى حالات معينة – يترتب على تخلفه عدم مشروعية الجزاء ، وكذلك فان قرار الجزاء يخضع لرقابة قضائية من زاويتى المشروعية والملاءمة ، ويمكن للقاضى – فى أحوال معينة الغاء الجزاء غير المشروع . ومن بين تلك الضمانات أيضا عدم جواز استخدام الادارة سلطتها فى الضبطية الادارية بالنسبة لالتزامات المتعاقد الناشئة عن العقد ؛ وفضلا عن ذلك تتحقق مسئولية الادارة عن الجزاء غير الصحيح الذى اتخذته متى توافرت أركانها الأخرى بثبوت أن هذا الخطأ قد أصاب المتعاقد بضرر ، وارتباط هذا وذلك بعلاقة سببية مباشرة . وذلك لأنه اذا كان ثمة الزام بفرض على الكافة مؤداه عدم الأضرار بالغير ، ومخالفة هذا النهى هى التى ينطوى عليها الخطأ ، فانه فى دائرة مسئولية الدولة عن أعمالها التعاقدية تظهر التزامات أساسية وهى :

(أولا) : وجوب تنفيذ شروط العقد والتزاماته بما يجب أن يتوافر من حسن نية .

(ثانيا) : وجوب المحافظة على سير المرافق العامة بانتظام واطراد على وجه يحقق المصلحة العامة .

(ثالثا) : الالتزام باعذار المتعاقد مع الادارة – فى حالات معينة .

وطبقا للمادة (٢١٩) مدنى يكون اعذار المدين بانذاره أو بما يقوم مقام الانذار ، ويجوز أن يتم الاعذار عن طريق البريد على الوجه المبين فى قانون المرافعات ، كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضى بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة الى أى اجراء آخر .»

★ ومن مطالعة هذه المادة ، يبين أنه يجوز أن يكون الاعذار مترتبا على اتفاق

يقضى بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة الى اجراء آخر ، كما تنص المادة (٢٢٠) مدنى بأنه لا ضرورة لا عذار المدين فى الحالات التالية :

(أ) اذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين .

(ب) اذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب على عمل غير مشروع .

(جـ) اذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك .

(د) اذا صرح المدين كتابة أنه لا يرد القيام بالتزامه .

★ وقد أيد الدكتور/ العميد : السنهورى ذلك بقوله :

«ويلاحظ أنه لا ضرورة لاعذار المدين قبل المطالبة بالفسخ اذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه ، أو اذا أصبح تنفيذ الالتزام غير مجد أو غير ممكن بفعل المدين بأن كان التنفيذ قد فات ميعاده ، أو بأن كان التنفيذ هو الامتناع عن عمل شيء وعمله المدين»[١]

★ وقد أيدت محكمة النقض المصرية هذا الاتجاه فى حكمها الصادر فى ٥ ابريل سنة ١٩٦٦ حيث جاء بحكمها ما يلى :

«لا ضرورة للاعذار اذا أصبح تنفيذ الالتزام غير مجد وغير ممكن بفعل المدين ، واذا كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه اعتبر الأخطاء الفنية التى وقع فيها المقاول مما لا يمكن تداركها فان مفاد ذلك أن الالتزام المترتب على عقد المقاولة أصبح غير ممكن تنفيذه ، ومن ثم فان الحكم المطعون فيه قضى بفسخ العقد والتعويض دون سبق اعذار المدين بالتنفيذ العينى لا يكون قد خالف القانون .»[٢]

ويمكن الاسترشاد بهذه القواعد أمام القضاء الادارى مع الملاءمة التى تتطلبها طبيعة الدعوى الادارية .

---

(١) العميد الدكتور/ عبد الرزاق السنهورى «الوسيط فى شرح القانون المدنى» - «نظرية الالتزام بوجه عام - ط/٣ - س ١٩٨١ - ص ٩٢٣ - ٩٢٤ .

(٢) نقض مدنى فى ٥ ابرايل سنة ١٩٦٦ - مجموعة أحكام النقض - السنة ١٧ رقم ١٠٧ ص ٧٩٧ .

ماهية الاعذار ووضعه فى الفقه والقضاء الادارى الفرنسى والمصرى :

يخلص مما تقدم أنه يقصد بماهية الاعذار طبقا للقواعد العامة اثبات حالة تأخر المدين فى تنفيذ التزاماته اثباتا قانونيا ، ولذلك فهو ليس وسيلة لاظهار ارادة احداث حالة قانونية جديدة ، بل هو أجراء تمهيدى للتنفيذ اذا لم يقم المتعاقد مع الادارة بتنفيذ التزاماته على النحو القانونى السليم .(١)

(ثانيا) : مبدأ الاعذار فى الفقه والقضاء الفرنسى :

يسلم فقهاء القانون الادارى فى فرنسا بأنه يجب على الادارة اعذار المتعاقد معها عند عدم تنفيذ التزاماته ، أو تأخيره فى هذا التنفيذ ، وتدعوه لأدائها ، واعلانه بالجزاء الذى سيطبق عليه اذا لم يصلح من تقصيره فى تنفيذ العقد .(٢) وقد سلم قضاء مجلس الدولة الفرنسى برأى الفقه فى أحكام كثيرة ، غير أن هذه القاعدة فى القانون الفرنسى ليست مطلقة ، حيث يرد عليها بعض الاستثناءات نعرض منها ما يلى :

(١) اذا تضمن العقد نصا صريحا باعفاء الادارة من الاعذار .

(٢) يمكن أن يستخلص الاعفاء من الاعذار تبعا للظروف الخاصة بكل دعوى ، ويختص قاضى العقد بتقدير هذه الظروف ، آخذا فى اعتباره طبيعة العقد والعبارات التى جرى بها النص الخاص بالجزاء ، فاذا كانت الظروف على سبيل المثال تضفى على تنفيذ العقد طابع الضرورة الملحة كما هو شأن توريدات المواد العسكرية خلال زمن الحرب ، فان المتعاقد يعتبر وكأنه قد أعذر بمجرد انتهاء المدة المقررة للتنفيذ ، وتفريعا على ذلك لا يجب اعذاره قبل توقيع الجزاء ضده .

(٣) كذلك فلا محل للاعذار اذا كانت الظروف تقطع بعدم الفائدة منه .

(٤) كما يرى فريق من الفقه الفرنسى عدم جواز الاعذار بالنسبة لبعض الجزاءات مثل وضع المرفق المدار بطريق الالتزام تحت الحراسة الادارية لما يترتب على هذا الاجراء من سرعة فورية تهدد سير المرفق العام(٣) .

---

(١) الدكتور العميد/ عبد الرزاق السنهورى «الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد» – ج/٢ – ط/١٩٨٦ – ص ٨٣٠ .

(٢) دى لوبادير «العقود الادارية جزء ٢ ص١٣٩ .

(٣) جيز – المبادىء العامة للقانون الادارى – جزء ٣ – ص ٨٧٥ .

وضع الاعذار فى القانون المصرى وفى لائحة المناقصات والمزايدات :

بينا هذا الوضع فى الفقه والقضاء المصرى على النحو سالف الذكر ، أما لائحة المناقصات والمزايدات فتتضمن بعض النصوص التى تستلزم اعذار المتعاقد فى أحوال معينة ، منها قرار سحب العمل من المقاول اذا أخل بأى شرط من شروط العقد ، أو أهمل أو أغفل القيام بأحد التزاماته المقررة ،

وفى ذلك تنص المادة «٨٢» من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ باصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات على ما يلى :

«اذا أخل المقاول بأى شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد التزاماته المقررة ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ اخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول بالقيام باجراء هذا الاصلاح كان لرئيس الادارة المركزية أو المدير العام المختص وعلى مسئوليته الحق فى اتخاذ أحد الاجراءين التالين وفقا لما تقتضيه المصلحة العامة ..»

والاجراءين المشار اليهما هما :

(أ) فسخ العقد مع مصادرة التأمين المستحق وقت الفسخ والحصول على جميع ما تستحقه الجهة الادارية من غرامات أو تعويضات عما يلحق بها من أضرار .

(ب) سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه بطريق المناقصة العامة أو المناقصة المحدودة أو المناقصة المحلية أو الممارسة فى حدود أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات والاحكام الواردة بهذه اللائحة وذلك مع مصادرة التأمين النهائى المستحق على المقاول وقت سحب العمل والحصول على جميع ما تستحقه الجهة الادارية من غرامات وتعويضات واسترداد جميع ما تكبدته من مصروفات وخسائر زيادة على قيمة العقد نتيجة لسحب العمل .

ويكون لجهة الادارة الحق فى احتجاز كل أو بعض ما يوجد بمحل العمل من منشآت وقتية ومبان وآلات وأدوات ومواد وخلافه دون أن تكون مسئولة قبل المقاول أو غيره عنها وعما يصيبها من تلف أو نقص لأى سبب كان أو دفع أى أجر عنها - كما يكون لها الحق أيضا فى الاحتفاظ بها حتى بعد انتهاء العمل ضمانا لحقوقها ولها أن تبيعها دون أدنى مسئولية من جراء البيع » .

★ ويلاحظ أنه بالرغم من ذلك فان اللائحة تعفى الادارة صراحة فى بعض الحالات من اعذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه .



القواعد العامة للاثبات أمام القضاءين العادى والادارى

الفصــل الأول

الوسائل الجوهرية للاثبات أمام القضاءين العادى والادارى

تمهيـد :

ان الوضع بالنسبة لوسائل الأثبات العامة أمام القضاء الادارى يتمثل فى امكانه تكليف الطرفين بايداع بعض المستندات التى يرى لزومها لتكوين عقيدته واقتناعه ، ويباشر القاضى هذه الوسيلة بناء على طلب من أحد الطرفين أو من تلقاء نفسه ، ويمكن التكليف بذلك بتوجيهه الطلب الى المدعى أو المدعى عليه طبقا لما تقتضيه ظروف الدعوى .

وقد أشارت الى هذه الوسيلة صراحة المادة «٣٧» من مرسوم ٣٠ يولية ١٩٦٣ المتعلق بمجلس الدولة الفرنسى .

وقد نصت هذه المادة على توجيه العرائض والطعون للاطراف أصحاب الشأن والوزراء ، واذا تطلب الأمر تقديم المستندات وجميع الأعمال التحضيرية اللازمة للدعوى طالما كانت هذه المستندات منتجة فى الدعوى .

أما فى النظام المصرى فقد أشار قانون مجلس الدولة صراحة الى سلطة المفوض فى تكليف ذوى الشأن بتقديم المذكرات والبيانات والمستندات التى يرى لزومها لاستيفاء الملف ، وكذلك يحق للمحكمة - عندما تحال اليها الدعوى بتقرير هيئة المفوضين مباشرة هذه السلطة(١) .

وفى حالة تقاعس جهة الادارة عن ارسال المستندات المطلوبة يمكن للمفوض أو للمحكمة الحكم على المسئول بغرامة مالية .

وقد حكمت محكمة القضاء الادارى فى حكمها الصادر فى ١٥ ابريل سنة ١٩٧٠ م . أنه من المبادىء المستقرة فى المجال الادارى أن الجهة الادارية تلتزم

---

(١) تراجع المواد ٢٧ ، ٢١ ، ٢٢ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ، وسبقت الاشارة الى سلطة التكليف ، بالقانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ بالمادتين ٢٧، ٢٠ وكذلك القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ بالمادتين ٣٠ ، ٣٣

بتقديم سائر الأوراق والمستندات المتعلقة بموضوع النزاع والمنتجة فى اثباته ايجابا أو نفيا متى طلب منها ذلك .

ويتجه قضاء مجلس الدولة الفرنسى الى أن الادارة لا تكلف فقط بتقديم ملفها ومستنداتها بل يتعين عليها بالاضافة الى ذلك تقديم أسباب تصرفاتها اذا رأى القاضى لزوما لذلك[1] .

وجدير بالذكر أن القاضى لا يطلب الا المستندات التى يرى لزومها لاثبات أمر له أهميته فى الدعوى يساعده فى تكوين عقيدته بشأنها ، وبناء على ذلك فانه لا محل لطلب ايداع مستندات غير منتجة ، أو لا جدوى منها مثل المستندات التى لا تتعلق بموضوع النزاع أو تكون خارجة عن مجاله ، كما أنه من غير المفيد طلب مستندات مودعة صورها بملف الدعوى ولم تجحد من الخصوم ، كذلك فإنه من التزود طلب الملف الشخصى للموظف اذا كان ملف الدعوى يتضمن كل العناصر اللازمة للفصل فى الموضوع ، وتعرف هذه المستندات بالمستندات الزائدة .

وعلى سبيل المثال فان المستندات التى تلزم لتكوين عقيدة القاضى فى الدعوى الادارية يمكن أن تتمثل فى الملف الشخصى للموظف ، وتقارير كفايته ، وأوراق التحقيقات التى أجريت معه ، وقرارات الجزاء التأديبى أن وجدت ، والمستندات التى تثبت اجراء التظلم الادارى فى الميعاد ، ومذكرات الرد على الدعوى ، ومحاضر لجان الترقيات ، وغير ذلك من الأوراق المنتجة فى الدعوى والتى يختلف لزومها بحسب طبيعة كل دعوى على حده ، كما يمكن طلب الملفات والمستندات التى ترتبط بالدعوى كملفات خدمة زملاء المدعى ، والقرارات الادارية الصادرة فى شأنهم ، والاوراق التى تثبت حالة الزميل الذى يطالب المدعى بتسوية حالته على أساس حالة هذا الزميل ، حتى يمكن للمحكمة أن تستوثق من الشروط التى يتطلبها القانون لاقرار التماثل فى التسوية بين الموظف وزميله ، وحتى يمكن اطمئنان القاضى من تماثل المراكز القانونية .

وفى منازعات العقد يحق للقاضى والمتعاقد طلب إيداع ملف العقد ومستنداته والقرارات الادارية المتصلة به لتبين حالة اساءة استعمال السلطة .

فكما سبق القول يمكن للقاضى الادارى مطالبة الادارة ببعض المستندات التى يمكن أن يستشف منها حالة اساءة استعمال السلطة ، أو تجاوز السلطة بمخالفة القوانين واللوائح ، أو عدم مشروعية القرار موضوع التظلم ، وذلك

---

(١) يراجع حكم مجلس الدولة الفرنسى ٢١ ديسمبر ١٩٦٠ – المجموعة ص ١٠٩٣ .

نظرا لأن القاضى الادارى هو فى حقيقة الأمر قاضى مشروعية يزن القرار الادارى بميزان المشروعية ، وله فى سبيل تحقيق هذه الغاية الاطلاع على كافة المستندات التى تقنعه فى ضميره وفى وجدانه بشرعية القرار المتظلم منه أو عدم شرعيته .

وقد كانت مسألة طلب المستندات المتعلقة بدعاوى اساءة استعمال السلطة أو تجاوزها محل خلاف بين بعض الكتاب ، ففريق يحرم طلبها على سند من مبدأ الفصل بين اختصاص القضاء الادارى والادارة العامة ، غير أن وجهة النظر المقبولة الان تؤيد حق القاضى الادارى فى طلب هذه المستندات استنادا الى سلطته الاستيفائية للدعوى وحقه فى اكتمال ملف الدعوى فى ضوء الملابسات المتعلقة بها ، وأن ذلك ليس فيه أى مساس باستقلال الادارة .

ولذلك أنتهى مجلس الدولة الفرنسى الى تأكيد سلطة القاضى الادارى فى جميع الدعاوى الادارية التى ترفع أمامه – سواء تعلقت بدعوى الالغاء لعدم مشروعية القرار ، أو بدعوى القضاء الكامل – فى طلب كافة المستندات اللازمة لتكوين عقيدته فى الدعوى لأن ذلك يدخل فى نطاق اختصاصه المتعلق برقابة المشروعية[1] .

وجدير بالذكر أنه اذا تجاهلت جهة الادارة طلب المستندات اللازمة للفصل فى الدعوى فان ذلك يؤدى الى التشكيك فى صحة الاجراءات التى اتخذتها الادارة ، ويتحقق ذلك أيضا اذا لم تقدم الادارة ما يدحض المستندات التى قدمها المدعى ، وبالمقابل يمكن المعاملة بالمثل فى حالة عدم تقديم المدعى المستندات المطلوبة ، أو عدم دحض أو نفى ما تقدمه الادارة من مستندات أو قرائن قوية مقنعة .

ويتجه القضاء الفرنسى فى حالة فقد الملف أو ضياعه من الادارة ، التسليم والاعتداد بادعاء المدعى لعدم تقديم الادارة ما يثبت عكس ادعائه أو ما ينفى صحته وذلك على سند من أنه لا يسوغ اعاقة القاضى عن مباشرة واجبة ، وعلى سند من أن تعويق مهمته فى رقابة المشروعية بسبب أن أهمال الادارة يبرر الاستجابة لطلب

---

(١) وتأكيدا لما تقدم فقد قضى مجلس الدولة الفرنسى فى حكمه الصادر فى ٨ نوفمبر ١٩٧٨ – المجموعة ص ٧١٩ – بحق القاضى الادارى فى مراقبة سلامة القرار المطعون فيه ومراقبة سلطة الادارة التقديرية مما يقتضى أن يطلب بالتالى بيان أسباب القرار المطعون فيه مع طلب الايضاحات اللازمة بشأن اتخاذ هذا القرار .

وللتوسع فى دراسة هذا الموضوع يراجع :

Lemassurie : «la preuve dans le detournement de pouvoive» (R.D.P.1959) .

المدعى الخاص بالغاء القرار المطعون فيه ، حيث تعتبر المخالفة التى يدعيها الطاعن ثابتة فى ضوء حالة ضياع الملف ، وعلى سند من أن ملف العقد هو المستودع الرئيسى الذى يحتوى على كافة المستندات الدالة على الحالة التعاقدية من وقائع وقرارات ومراكز قانونية .

وجدير بالذكر أيضا أن مجلس الدولة المصرى ينتهج نفس الاتجاه السابق حيث يقضى بالزام الادارة بتقديم سائر الاوراق والمستندات المنتجة فى الموضوع اثباتا أو نفيا ، فاذا نكلت الادارة عن ذلك أو تسببت فى فقدها فإن ذلك يقيم قرينة لصالح المدعى تلقى عبء الاثبات على عاتق الادارة وتجعل المحكمة فى حل من الأخذ بما قدمته من أوراق وما ساقته من حجج وأسانيد ومطاعن قانونية .

ومن أهم الأمثلة القضائية على ذلك حكم المحكمة الادارية العليا حيث قضت المحكمة بأن «عدم تقديم الادارة التقرير الخاص بالمدعى عن عام ١٩٥٥ المقول بحصوله فيه على درجة «ضعيف» على الرغم من تكليفها بذلك مرارا وافساح السبيل أمامها ، لذلك يستشف منه عجزها عن تقديم الدليل الذى يثبت أن دفاعها منتزع من أصول موجودة قائمة وثابتة بالأوراق[1] . ويمكن تطبيق هذا المبدأ على المنازعات التعاقدية .

ويلاحظ أن هذا المبدأ قائم سواء اكانت الادارة متراخية فى الاستجابة الى طلب المحكمة مدعية أو مدعى عليها .

ويلاحظ أنه اذا لم تقدم الادارة أى دليل لاثبات دعواها وكان المجال منفسحا أمامها لذلك من تاريخ اقامة الدعوى لتقديم مستنداتها ، فإن دعواها تكون على غير أساس من القانون وجديرة بالرفض[2] .

ولم يقف الأمر عند هذا الحد ، بل بلغ الأمر بمحكمة القضاء الادارى الى القول : «بأن تعنت الادارة فى الامتناع عن تقديم المستندات واخفاء بعض الأوراق يعتبر خطأ يبرر القضاء بالتعويض ، وذلك على سند من انطواء تصرف الادارة على اجراءات خاطئة تدل على العنت وتفصح عن مقاومة

---

(١) الادارية العليا الحكم الصادر فى ١٧ مارس ١٩٦٨ - س ١٣ ق ص ٦٨٧ .
(٢) الادارية العليا فى ٩ ديسمبر ١٩٦٧ - السنة ١٣ ق - ص ٢٢٨ .

عنيدة خالية من الحق ، الأمر الذى يؤدى الى استطالة امد النزاع ، فضلا عن الدفاع الكيدى مما يضر بالافراد ويستوجب التعويض»[1] .

وجدير بالذكر أيضا أن محكمة القضاء الادارى قضت بخصوص الطعن فى قرار فصل بغير الطريق التأديبى «أنه اذا ما عزفت جهة الادارة عن بيان الأسباب ولم يكن ثابتا بالأوراق أن انهاء خدمة المدعى كان بسبب من الأسباب الموجبة لانهاء الخدمة كان القرار غير قائم على سبب يبرره»[2] .

وخلاصة القول أن رفض الادارة ايداع المستندات المطلوبة أو الادعاء بفقدها يسوغ للقاضى الادارى التسليم بطلبات المدعى متى أستشف من الوقائع والملابسات والقرائن وظروف الأحوال صحة ما يدعيه فضلا عن استشفافه عنت الادارة ومحاولة تخلصها من المسئولية مما يعتبره القاضى سببا للوقوف الى جانب المدعى .

ويمكن استلهام هذا المبدأ وتطبيقه على منازعات العقود الادارية .

أهم الوسائل الجوهرية فى الاثبات
أمام القضاء الادارى الفرنسى والمصرى

نتناول ذلك فيما يلى :

(أولا) : طلب الزام الخصم بتقديم مستند تحت يده فى المنازعات الادارية :

طبقا للمادة العشرين من قانون الاثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ يجوز للخصم فى حالات معينة أن يطلب الزام خصمه بتقديم أى محرر منتج فى الدعوى يكون تحت يده ، وقد نصت المادة المذكورة على حالات ثلاثة يجوز فيما ذلك .

واذا ما انتقلنا الى الوضع فى المنازعات الادارية نجد أنه فى ظل القواعد العامة للاثبات فانه لا يجوز لطرف فى الدعوى أن يصطنع لنفسه دليلا ، كما أنه لا يجوز اجبار طرفا فيها على تقديم دليل ضد نفسه يفيد خصمه ، وذلك فيما عدا بعض الاستثناءات المعينة .

وتتفق هذه الأحكام الى حد كبير مع الوضع القائم بالقضاء الادارى ، ولا تتعارض مع طبيعة الدعوى الادارية ، ومن ثم فإنه يمكن الالتجاء اليها

---

(١) حكم محكمة القضاء الادارى ٧ نوفمبر ١٩٥٤ - س ٩ ق - ص ١ .

(٢) الحكم الصادر فى الدعوى رقم ٥٠٥ لسنة ٢٦ ق فى ٢٨ نوفمبر ١٩٧٣ لم ينشر بعد ومشار اليه بمرجع الدكتور أحمد كمال الدين موسى المرجع السابق - ص ٣٠٧ .

أمام هيئة المفوضيين عند تحضير الدعوى أو أمام المحكمة عند احالتها اليها وذلك بجانب سلطة التكليف الادارى بايداع المستندات .

وجدير بالذكر أنه اذا كانت سلطة التكليف بتقديم المستندات تعتبر من وسائل الاثبات المميزة للقاضى الادارى ووثيقة الصلة بدوره الاجرائى فإن طلب الزام الخصم بتقديم مستند تحت يده يعتبر من الأحكام الاجرائية فى الاثبات فى المواد المدنية والتجارية ، ويستعان بها أحيانا أمام القضاء الادارى على الوجه الوارد بقانون الاثبات ، ولما استقر عليه قضاء النقض بما لا يتعارض مع طبيعة الدعوى الادارية[١] .

وجدير بالملاحظة أن سلطة التكليف بالمستندات تعتبر سلطة تقديرية للقاضى الادارى يباشرها من تلقاء نفسه ، أو بناء على طلب أحد الخصوم ، ومن حيث الأصل العام فله الاستجابة الى من يطلب ذلك ، كما له أن يرفض الطلب فى ضوء ظروف الدعوى وطبقا لما يستظهره المفوض من الملف المتعلق بها ، كما لاتلتزم المحكمة بالاستجابة الى الطلب ، حيث يمكن رفضه باعتباره من اجراءات الاثبات ، أما اذا استجابت الى الطلب فانه يتعين ترتيب آثاره القانونية حيث تنص المادة ٢٣ من قانون الاثبات فى فقرتها الأولى على أنه « اذا أثبت الطالب وأقر الخصم بأن المحرر فى حيازته أو سكت أمرت المحكمة بتقديم المحرر فى الحال أو فى أقرب وقت تحدده» .

وفى ضوء المادة الرابعة والعشرين من نفس القانون ، فإنه لا خيار للقاضى الادارى فى تقدير الآثار المترتبة على هذا الطلب بعد استجابته اليه ، اذ يتعين الاعتداد بما يقرره القانون من أحكام تبعا لذلك .

وبالرغم من ندرة الحالات التى يطلب الخصم فيها الزام خصمه بتقديم مستند ، فهناك بعض الحالات التى أثيرت أمام القضاء الادارى بشأنها فيما يتعلق بمستندات العقد الادارى وبالقرارات المتصلة به بالتظلمات الادارية ، وطلبات ضم مدد الخدمة السابقة فى الأقدمية ، وغيرها من الطلبات التى تتطلب القواعد القانونية تقديمها للادارة فى مواعيد معينة ، ويطالب اصحاب الشأن فى هذه الحالات الزام الطرف الآخر بتقديم أصل المستند ، ويدعمون طلبهم بتقديم

---

(١) ومن قبيل المبادىء التى قررتها محكمة النقض والتى يمكن الأخذ بها فى المنازعات الادارية : «أن لقاضى الموضوع سلطة تقدير كفاية الادلة» .
(نقض مدنى فى ١٢/١١/١٩٦٤ - مجموعة النقض - ١٥ - ١٩٤٥) .
مشار اليه بمرجع الدكتور فتحى والى - مرجع سابق - هامش ص ٥٧٧ .

صور ضوئية أو خطية أو ايصالات من البريد تدل على إثبات دعواهم ضد جهة الادارة وبهذه المناسبة ، فقد قضت محكمة القضاء الاداري بأن امتناع الادارة عن تقديم ورقة قاطعة في الدعوى أرشد عنها الخصم يؤدي الى القول بتسليمها بصحة مقرره صاحب الشأن من وقائع(1) .

ومن التطبيقات القضائية الهامة الحكم الصادر من محكمة القضاء الاداري في ٩ مايو ١٩٦٠ - السنة ١٤ ق ص ٢٩٩ - وقد جاء في الحكم مايلي :

« ولما كان المدعي جريا وراء تحقيق مصلحته بضم مدة خدمته السابقة قد سعى الى مختلف الملفات التي يمكنه الاستدلال منها على وجود الطلب المقدم منه بضم مدة خدمته السابقة ، وجد بدفتر الارشيف المعمول به ما يدل على تقديمه طلب الضم في الميعاد القانوني ، وقد امتنعت الادارة عن ايداع الملفات المذكورة رغم مضي حوالي خمسة عشرة جلسة تحضير لهذا الخصوص وتوقيع الغرامة القانونية على الوزارة ، ومن ثم فانه يبين من الظروف والملابسات المحيطة بالدعوى وأخذا بنص المادة ٢٥٧ من قانون المرافعات أن الطالب قد تقدم بطلب لضم مدة خدمته السابقة» .

★ ويمكن الاسترشاد بهذه القاعدة في حالة طلب ضم مستندات العقد الاداري .

ثانيا : الأمر باجراء بعض التحقيقات الادارية :

قد يحدث في بعض التطبيقات العملية أن يكون من المستحيل أو المتعذر ماديا ايداع بعض المستندات أو الوثائق ملف الدعوى . لذلك يجوز أن ينتقل القاضي الاداري بنفسه الى المكان الموجودة به هذه الأوراق للتحقق منها والاطلاع على ما يهمه من بياناتها بخصوص الدعوى المعروضة ، وينهج النظام الفرنسي هذا النهج وتجرى عادته في هذا الشأن على تفويض القسم الفرعي للتحضير أو رئيس المحكمة الادارية «المقرر المختص» للانتقال والاطلاع على المستند المطلوب التحقيق في بيانه ، وغالبا ما يحدث ذلك في الحالات التي يلزم فيها الاطلاع على نصوص النسخة الأصلية للقوانين أو المراسيم أو القرارات التنظيمية العامة أو التحقق من توقيعها عند المنازعة في ذلك ، أو الاطلاع على أصل الأحكام القضائية(2) .

---

(1) يراجع في هذا الشأن مرجع الدكتور/ أحمد كمال الدين موسى مرجع سابق - ص ٣٠٩ ومابعدها .

(2) حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١١ فبراير ١٩٧٠ - المجموعة ص ١٠١ .

وفي هذه الدعوى قام المقرر بالتحقق من أصل القرارات الخاصة بالقسم التأديبي للمجلس الوطني لنقابة الأطباء .

وفى النظام المصرى تندر الحالات التى ينتقل فيها القاضى للاطلاع على المستندات .

وهناك وسيلة أخرى أكثر ايجابية وأيسر استعمالا من الناحية العملية وهى التى تتمثل فى الأمر بالتحقيق الادارى بالنسبة لواقعة معينة يراد التحقق من ثبوتها ، والتحقيق الادارى هنا يشبه الخبرة ، ولكنه يتم فى غير حضور الخصوم ، ويحدد القرار الذى يأمر بالتحقيق ، الواقعة المطلوب التحقق منها ويتم اختيار المحقق بمعرفة جهة الادارة ذاتها ويلتزم المحقق فى نهاية التحقيق بايداع تقرير بنتيجته يرفق بملف الدعوى ويخطر الاطراف المعنيين للاطلاع عليه ، وقد اتبعت هذه الطريقة فى النظام الفرنسى .

ويلاحظ أن القاضى يقرر هذه الوسيلة اما بقرار بسيط أو بحكم سابق على الفصل فى الدعوى .

وجدير بالذكر أن هذه الوسيلة أصبحت الآن محل نقد كبير على سند من أنها لا تقدم الضمانات الاساسية للمتقاضين وتتناقض تناقضا جوهريا مع الصفة الحضورية للاجراءات الادارية ، كما أنها تتعارض مع حسن سير العدالة حيث يعهد الى الادارة نفسها باجراء هذه التحقيقات ، وبذلك تصبح الادارة خصما وحكما فى دعوى قد تكون الادارة فيها هى المدعى عليها .

الأخذ بوسائل أو طرق تحقيق الدعوى

Les moyens vérification

لم تنظم نصوص قوانين مجلس الدولة المصرى المتعاقبة وسائل التحقيق المختلفة ، وان كانت هذه القوانين قد اشارت الى امكان الالتجاء اليها فى سبيل استيفاء الدعوى بصفة عامة . وذلك دون بيان أو تنظيم تفصيلى لذلك ، وقد جرى العمل على الاستعانة بوسائل التحقيق المختلفة التى نظمها قانون المرافعات ، ومن بعده قانون الاثبات وبالاستهداء باجراءاته المرسومة بالقدر الذى يتفق ويتلاءم مع طبيعة واجراءات الدعوى الادارية .

ومن الأمثلة العملية على ذلك حكم محكمة القضاء الادارى والذى جاء به :

«أنه ليس فى النصوص القانونية ما يتناقض مع وجوب اتباع الاجراءات

المنصوص عليها فى قانون المرافعات فيما يتعلق بتحقيق الطعون الانتخابية من سماع شهادة الشهود وندب خبير أو غير ذلك من طرق التحقيق المتعددة»[1] .

وطبقا لقانون الاثبات يجب أن تتوافر أربعة شروط جوهرية لتكون الاحالة الى التحقيق جائزة وهى :

(١) أن تكون الوقائع المراد اثباتها متعلقة بالدعوى ومتنازعا فيها ، وكون الوقائع متعلقة بالدعوى هو شرط عام بالنسبة لكل طرق الاثبات ، وقد نصت عليه صراحة المادة الثانية من قانون الاثبات التى وردت ضمن الأحكام العامة فى اجراءات الاثبات .

(٢) أن يكون اثبات الواقعة منتجا أى مؤيدا لاثبات المزاعم أو الدفاع وهو شرط عام ينظم كل طلب باجراء الاثبات .

(٣) أن يكون القانون يجيز اثبات هذه الوقائع بشهادة الشهود ، ويرجع فى ذلك الى احكام قانون الاثبات أو غيره من القوانين الوضعية .

(٤) ألا ترى المحكمة انتفاء الداعى الى التحقيق ، لأن بالدعوى من الأدلة الأخرى ما يكفى لاطمئنانها فى عقيدتها ووجدانها بالأمر المراد تحقيقه ، فللمحكمة أن ترفض طلب الاثبات بالشهادة ولو كانت الوقائع مما يجوز اثباتها بالشهادة وكانت متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها ، اذا لم تكن هناك فائدة ترجى من الشهادة اذا ما استبان ذلك من الأدلة الأخرى المقدمة فى الدعوى ، ويستفاد ذلك بمفهوم المخالفة من نص المادة «٧٠» من قانون الاثبات والتى تنص على أن «للمحكمة من تلقاء نفسها أن تأمر بالاثبات بشهادة الشهود فى الأحوال التى يجيز القانون فيها الاثبات بشهادة الشهود متى رأت فى ذلك فائدة للحقيقة ....» .

فاذا لم تتوافر هذه الشروط الأربعة قضت المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصم الآخر برفض الاثبات بالشهادة[2] .

---

(١) حكم محكمة القضاء الادارى فى ٢٩ ديسمبر ١٩٤٧ - س ١ ق ص ١٧٥ ، ويلاحظ أن المحكمة سارت على هذا المنوال فى مناسبات متعددة . وقد تأيدت هذه القاعدة من قبل المحكمة الادارية العليا ، مثال ذلك حكمها فى ٢٣ يناير سنة ١٩٦٥ - س ١٠ - ص ٤٦٣ .

(٢) المستشار عز الدين الدناصورى والاستاذ حامد عكاز - «التعليق على قانون الاثبات - مرجع سابق ص ٢٩٢ ومابعدها .

وقد سارت أحكام النقض على هذا الدرب حيث قضت بأنه «لا على المحكمة اذا هى لم تستجيب الى طلب الاحالة على التحقيق اذا ما استبان أن الطلب غير منتج وأن لديها من الاعتبارات ما يكفى للفصل فى الدعوى ...»[1] .

وجدير بالذكر أن هذه المبادىء الجوهرية فى التحقيق يمكن الأخذ بها أمام أجهزة القضاء الادارى ، مع الاشارة الى أن وسائل التحقيق ذات أثر بعيد بالنسبة لاقامة الدليل لتنظيم عبء الاثبات ، اذ أن قيام القاضى الادارى من تلقاء نفسه بالأمر بوسيلة التحقيق يؤدى الى توفير عناصر وأدلة الاثبات ، كما يؤدى الى اتاحة الفرصة لكل طرف من أطراف الخصومة أن يدلل بشهوده على صدق مايدعيه .

ومن أهم ما يمكن الاشارة اليه أن وسائل التحقيق أمام القاضى الادارى تتسع للاستعانة «بالخبرة» و «المعاينة» ، و«الشهادة» ، «والاستجواب» وذلك طبقا لما هو قائم فى النظام الفرنسى .

أما فى النظام المصرى فقد أشارت قوانين مجلس الدولة المتعاقبة الى سلطة القاضى الادارى فى اتخاذ وسائل التحقيق المناسبة[2] دون بيان هذه الوسائل تفصيلا أو تنظيم أحكامها ، ومن ثم فان الخبرة تعتبر ضمن وسائل التحقيق التى أجازت هذه القوانين الالتجاء اليها ، وقد جرى المجلس على الاستعانة بالخبرة سواء بمعرفة خبير واحد أو أكثر لاستيفاء بعض البيانات الفنية للفصل فى الدعوى فى مجال الخبرة المختلفة سواء تعلقت بخبرة طبية ، أو هندسية ، أو حسابية أو غير ذلك ، مع الالتزام بمراعاة الاجراءات المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية ، وما جاء بعد ذلك بقانون الاثبات ، وذلك بما يتفق ويتلاءم مع طبيعة القضاء الادارى وطبيعة المنازعة الادارية والاجراءات المتبعة بشأنها .

ونعرض فيما يلى وسائل التحقيق المتبعة فى النظام المصرى وهى :

(١) الخبـــرة — Expertise

(٢) المعاينـــة — la visite de lieux

(٣) الشهـــادة — L,enquete

(٤) الاستجواب — L,interrogatoire

---

(١) حكم النقض فى ٥٦/١٠/٢٥ – مجموعة المكتب الفنى – ص ٨٩٧ – ص ٨٤٧ .

(٢) المادة ٢٧ والمادة ٣٢ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ .

(١) الخبــرة Expertise

لجأت محكمة القضاء الاداري الى الخبرة في المسائل الفنية المتعلقة بالو واعتبرت رأى الخبير في جميع الأحوال رأيا استشاريا غير ملزم ، وهو نفس الأم الواقع أمام المحاكم العادية .

وقد أوضحت المحكمة الادارية العليا صراحة أن الخبرة هي طريق من طرق التحقيق يتخذ في الدور الابتدائي كما يتخذ في الدور النهائي مده .

ومفاد ما تقدم أن مجلس الدولة المصرى يسلم بالخبرة باعتبارها من وسائل التحقيق كوسيلة من وسائل استيفاء الدعوى ، وذلك بمقتضى حكم سابق على الفصل في الموضوع تقدر المحكمة ملاءمته ، وتكون الخبرة في خصوص مسألة ذات طابع فنى ترى المحكمة الوقوف على رأى الخبير في شأنه وللمحكمة الحق في مناقشة الخبير في تقريره ومواجهته بأى خبير آخر وتكليف أى منهما بايداع تقرير تكميلى لاستيضاح بعض الجوانب الفنية .

وجدير بالذكر أنه طبقا للقواعد العامة المعمول بها أمام القضاء العادى أو القضاء الادارى فان تقرير الخبير لا يخرج عن كونه تقريرا استشاريا لا يقيد المحكمة وذلك وفقا لما تقضى به المادة «١٥٦» من قانون الاثبات والتى تنص على أن «رأى الخبير لا يقيد المحكمة وهذه المادة تطابق المادة «٢٤٦» من قانون المرافعات القديم .

ومقتضى ذلك أن المحكمة لا تتقيد في حكمها برأى الخبير اذ لا تلتزم بأن تأخذ به ، بل ولها مطلق التقدير في هذه الحالة . ولها أن تقضى بالرأى المعارض لما أبداه الخبير اذا تبين لها أن الحق في جانب الرأى المعارض أو أن استنتاجات الخبير غير صحيحة . أو غير مطابقة للواقع . أو مناقضة للمستندات المقدمة من الخصوم ، وحقها في هذا ثابت لها لا سيما اذا كانت المسألة من المسائل التى تستطيع المحكمة استيعابها معتمدة على معارفها الخاصة ، وذلك لأن تقارير الخبراء ، لا تلزم المحكمة وانما يقصد بها تمكينها من التوصل الى معرفة الحقيقة .

وفي ذلك تقول محكمة النقض : «رأى الخبير لا يقيد المحكمة ، حسبها أن تقيم قضائها على أسباب كافية لحمله[١] ولا يختلف موقف القضاء الادارى عن القضاء العادى في الأخذ بهذه القاعدة الاصولية في الاثبات العادى أو الادارى .

---

(١) محكمه النقض ١٩٧٣/٣/٢ – سنة ٢٤ ق – ص ٣٧٢ ومابعدها .

(٢) المعاينة la visite de lieux

وتعتبر المعاينة وسيلة أخرى من وسائل التحقيق التى تعتمد على الواقع الموجود فعلا ، فهى وسيلة موضوعية للتحقيق ، لا تعتمد على عناصر شخصية وتستهدف حصول القاضى بنفسه على معلومات تتعلق بوقائع متنازع عليها فى مكان معين .

وللقاضى الادارى الالتجاء فى سبيل استيفاء الدعوى الى المعاينة باعتبارها من اجراءات التحقيق التى أشار اليها بصفة عامة قانون مجلس الدولة المصرى رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ فى المادة «٢٧» غير أن القانون لم يحدد بيانها تفصيلا ، كما لم يحدد الاجراءات الخاصة بها ، ولذلك فإن القاضى الادارى يطبق بشأنها الأحكام العامة الواردة فى قانون الاثبات ، وقد استقرت محكمة القضاء الادارى على ذلك .

وتتم المعاينة بمعرفة المحكمة بكامل هيئتها أو بمعرفة أحد أعضائها أو بمعرفة المفوض نفسه ، وذلك للتحقق من بعض الوقائع المادية المتنازع عليها مثل إثبات الحالة ويحرر بشأنها محضرا يودع بملف الدعوى .

وغالبا ماتتبع هذه الوسيلة فى عقود الاشغال العامة .

ومن التطبيقات العملية على ذلك حكم محكمة القضاء الادارى فى ٢١ مارس ١٩٥٧ حيث تقول :

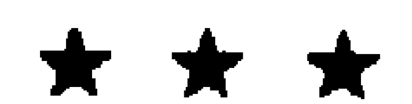
« أن دعوى اثبات الحالة ليست أكثر من اجراء من الاجراءات التحفظية التى تتم على نفقة رافع الدعوى وتوفر للطرفين المتنازعين حلا سريعا مؤقتا يمهد للفصل فى موضوع الحق ، وتهدف الى اثبات حالة معينة إذا لم تثبت مباشرة استحال بعد ذلك استنباط الدليل منها ، فاذا مارفعت الدعوى الموضوعية بعد ذلك أمكن الاستناد الى ما انتهت اليه دعوى اثبات الحالة ، وقد يكون الحق المطلوب المحافظة عليه بدعوى اثبات الحالة قائما فعلا ، كما قد يكون حقا محتملا ما دام لصاحبه مصلحة فى اثباته ، وهى مصلحة يقرها القانون ، ولو كانت مصلحة محتملة ما دام الغرض من اثبات هذا الحق هو رفع ضرر محدق يتعذر تلافيه مستقبلا ، أو الاستيساق بحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه اذا ترك وشأنه ، أو تأكيد معالم اذا طالت مدتها أو قصرت قد تتغير مع الزمن كل أو بعض آثارها .

ولا شك أن هذا الحكم يعتبر حكما جامعا مانعا لاسباب ودوافع دعوى اثبات الحالة .

(٣) الشهـادة «L,enquete»

واذا ما انتقلنا الى الشهادة كوسيلة من وسائل التحقيق التى يمكن للقاضى الادارى الاستعانة بها ، لدخولها ضمن اجراءات التحقيق التى أشارت اليها نصوص المواد ٢٧ ، ٣٢ ، ٣٦ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ، فان القاضى الادارى يلجأ اليها فى سبيل مباشرة الشهادة وذلك وفقا للاجراءات والأحكام التى أوردها قانون الاثبات فى المادة (٦٠) ومابعدها باعتبارها قواعد عامة بالقدر الذى يتفق مع طبيعة الدعوى الادارية ، وجدير بالملاحظة أن حالات الاستعانة بالشهادة شائعة ويمكن الاستعانة بها وعلى وجه الخصوص فى اثبات دعاوى اساءة استعمال السلطة أو الانحراف فى استعمالها ، وفى منازعات التعويض ، والعقود الادارية ، ولكن لا محل للالتجاء اليها فى دعاوى التسويات لتعلقها بمراكز قانونية تنبثق أحكامها من القوانين المنظمة للتسويات .

ومن أهم ما يمكن التنبيه اليه وجود بعض النصوص الواردة بقانون الاثبات لا محل لاعمالها أمام القضاء الادارى مثل نص المادة (٩٦) التى تجيز لمن يخشى فوات فرصة الاستشهاد بشاهد على موضوع لم يعرض بعد أمام القضاء ويحتمل عرضه عليه ، أن يطلب فى مواجهة ذوى الشأن سماع ذلك الشاهد ، لأن ذلك يتعارض مع مبدأ استقلال الادارة العاملة فى مواجهة القضاء الادارى ، وما يترتب على هذا من عدم جواز اجبارها على المثول أمام القاضى لسماع أقوال شاهد قد يضر بمركزها ، فضلا عن أن الفرد أن يلجأ بالشكوى الى الادارة نفسها بدلا من هذا الاجراء ، وبديهى أن الالتجاء الى الادارة يؤدى الى اجراءات ادارية تكون محل اثبات وتدوين بالملفات ، وتصبح محلا للاعتبار اذا ما عرض الأمر على القاضى الادارى الذى يقدر مسلك الادارة وموقفها[1] .



(٤) الاســتجواب «L,interrogatoire»

كذلك يعتبر الاستجواب وسيلة هامة من وسائل التحقيق .

فالاستجواب أو بمعنى آخر المواجهة الشخصية للاطراف طريق من طرق تحقيق

(١) دكتور/ أحمد كمال الدين موسى – المرجع السابق – ص ٣٧٩ .

الدعوى بصفة عامة ، ويتمثل فى التجاء أحد الخصوم أو المحكمة الى سؤال الخصم الآخر عن وقائع معينة يرى أنها توصله الى الحصول على اقرار منه .

والاستجواب يفيد القاضى فى الحصول على بعض الحقائق من خلال مناقشة الخصوم بطريق مباشر ، كما يساعده فى استخلاص بعض القرائن ، كما يمكن أن يؤدى الى اقرار قضائى من أحد الخصوم لصالح الخصم الآخر ، **وجدير بالملاحظة أن الاستجواب لا يصح توجيهه الا للخصوم فى الدعوى ، أما غيرهم فلا تسمع أقواله الا فى صورة الشهادة أو الخبرة ، وللقاضى أن يستجوب من يكون حاضرا من الخصوم ، وله أن يستدعيهم للاستجواب سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد الخصوم وذلك فى نطاق سلطته التقديرية[1] .**

ومما تجدر الاشارة اليه أن الاستجواب فى النطاق الادارى ليست له نفس الأهمية التى تتحقق أمام القضاء العادى ، لأنه كما سبق القول فان المرافعات الادارية تتصف بالصفة الاستيفائية ، والاجرائية ، كما تستند الحقوق والالتزامات فى القانون الادارى أساسا الى قرارات ومستندات تتفق مع القواعد التى تنظمها أحكام القواعد الادارية ، وأحكام القانون العام .

ولذلك فإن المواجهة الشخصية غير معمول بها فى ظل القضاء الادارى الفرنسى شأنه فى ذلك شأن اليمين الحاسمة ، لأن مجلس الدولة الفرنسى يعمل على تجنب طريق الاستجواب حتى لا يصطدم بخلاف مع الادارة العامة ، واعمالا لمبدأ الفصل بين السلطات .

أما الوضع فى النظام المصرى فيرجع فيه الى نص المادة ٣٢ من قانون المجلس رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ، وتنص على سلطة المحكمة أو من تندبه من أعضائها أو المفوضين فى اجراء التحقيق المناسب ويدخل فى مفهوم ذلك اجراء الاستجواب للخصوم اذا اقتضت حالة الملف اتخاذ هذا الاجراء .

وقضت المادة «٢٧» من القانون سالف الذكر صراحة بأنه :

« يحق لمفوض الدولة أمام محكمة القضاء الادارى والمحاكم الادارية - فى سبيل تهيئة الدعوى الاتصال بالجهات الحكومية ذات الشأن للحصول على ما يكون لازما

---

(١) دكتور/ فتحى والى «الوسيط فى قانون القضاء المدنى - مرجع سابق - ص ٦١٢ ومابعدها .

من بيانات وأوراق ، وأن يأمر باستدعاء ذوى الشأن لسؤالهم عن الوقائع التى يرى لزوم تحقيقها .

كذلك أجازت المادة «٣٦» للمحكمة التأديبية استجواب العامل المقدم للمحاكمة وسماع الشهود من العاملين وغيرهم .

ويلاحظ أن هناك رأيان مختلفان فيما يتعلق باستجواب رجال الادارة ، فرأى لايجيز استدعاء رجالها أو سؤالهم عن وقائع الدعوى ، اذ يقتصر الأمر على الحصول كتابة منهم على البيانات المطلوبة ، ويقوم هذا الرأى على أن المادة «٢٧» من قانون المجلس ترمى الى استجواب ذوى الشأن من الأفراد دون الادارة ، أما الرأى الآخر فيجيز استدعاء ذوى الشأن لسؤالهم عن بعض الوقائع ، ويفسرون لفظ «ذوى الشأن» على أنه من العموم والشمول بحيث يندرج فى مدلوله رجال الادارة ممن هم أطراف فى الدعوى وغيرهم من الأفراد ، فلا يجوز وضع قيد على النص طالما هو واضح وصريح[1] .

ونحن نؤيد الرأى الأخير وذلك على سند من أن نص المادة «٢٧» سالفة الذكر تنص على مايلى :

« تتولى هيئة مفوضى الدولة تحضير الدعوى وتهيئتها للمرافعة . ولمفوض الدولة الاتصال بالجهات الحكومية ذات الشأن للحصول على ما يكون لازما لتهيئة الدعوى من بيانات وأوراق ، وللمفوض أن يأمر باستدعاء ذوى الشأن لسؤالهم عن الوقائع التى يرى لزومها للتحقيق أو دخول شخص ثالث فى الدعوى أو بتكليف ذوى الشأن بتقديم مذكرات أو مستندات تكميلية ، وغير ذلك من اجراءات التحقيق فى الأجل الذى يحدده لذلك ....» .

ويبين من النص السابق أنه نص مطلق وواضح ولأننا اذا رجعنا الى قواعد التفسير التى أقرتها محكمة النقض المصرية فى الدعوى رقم ٤٦٤ لسنة ٤٧ ق نجدها تقول :

« متى كان نص القانون صريحا قاطعا فى الدلالة على المواد منه فلا محل للخروج عليه أو تأويله بدعوى الاستهداء بهدف التشريع وبقصد المشرع منه ، لأن البحث فى ذلك انما يكون عند غموض النص أو وجود لبس فيه» .

---

(١) الدكتور/ مصطفى كمال وصفى : «أصول اجراءات القضاء الادارى» الكتاب الأول - التداعى - ١٩٦١ - ص ٣٦٨ .

ونضيف الى حجتنا السابقة حجة أخرى نستقيها من التطبيقات العملية للمجلس اذ جرى العمل به على قيام المفوض أو المحكمة باستدعاء ذوى الشأن من رجال الادارة واستجوابهم فى شأن بعض الوقائع التى تتصل بجوانب النشاط الادارى وظروف اصدار القرار المطعون فيه ، وكيفية تطبيق القواعد القانونية التى تستند اليها الدعوى ، ويأخذ الاستجواب شكل نقاش يستهدف التوصل الى الحقيقة من خلال توضيح الأسلوب والملابسات المتصلة بموضوع المناقشة ، ومن أمثلة ذلك حكم محكمة القضاء الادارى فى شأن الطعن فى قرار ترقية استدعت ظروف الدعوى التحقق من طبيعة الدرجات الشخصية التى صدر القرار المطعون فيه بالترقية اليها[١] . ويمكن الإستهداء بهذا المبدأ فى منازعات العقود الادارية .

ومما تجدر الاشارة اليه أن الاستجواب يمكن أن يتناول موضوع الاقرار واليمين حيث يمكن صدورهما أثنائه ، ونفصل ذلك فيما يلى :

(أ) الاقــرار

الاقرار بصفة عامة هو اعتراف الشخص بحق عليه لآخر باعتبار أن هذا الحق ثابتا فى ذمته واعفاء الآخر من اثباته ، ومن خصائصه أنه عمل قانونى اخبارى يصدر من جانب واحد ، ويعتبر بمثابة عمل من أعمال التصرف ويترتب على ذلك أنه ذو حجية قاصرة ، فهو عمل قانونى لأنه اتجاه الارادة نحو احداث أثر قانونى هو ثبوت حق فى ذمة المقر ، واعفاء المقر له من اثبات هذا الحق ، ويشترط فى الاقرار ما يشترط فى الأحكام القانونية من وجود للارادة ، ومحل تنعقد عليه اذ يجب بادىء ذى بدء أن تتجه ارادة المقر نحو اعتبار الحق المقر به ثابتا فى ذمته وتمكين خصمه من التمسك بهذا الاقرار ، ولذلك فلا يعتبر من قبيل الاقرار الملزم ما يرد على لسان الشخص تأييدا لادعاءته من الأقوال التى فيها مصلحة لخصمه ، مادام لم يقصد من الادلاء بهذه الاقوال أن يتخذها خصمه دليل عليه ، كذلك يجب أن تكون ارادة المقر معبرا عنها ، والتعبير اما أن يكون صريحا ولايشترط فيه لفظ معين ، وأما أن يكون ضمنيا وهو الذى يأخذ استنتاجا ، ويرى بعض الشراح أنه قد يستفاد للتعبير الضمنى من مجرد السكوت ، كما اذا ادعى على شخص بواقعتين فأنكر احداهما صراحة وسكت عن الأخرى ، الا أنه لا ينبغى الأخذ بالاقرار الضمنى الا اذا قام عليه دليل يقينى اذا نكل الخصم عن يمين وجهت اليه دون أن يردها على خصمه أو نكل عنها بعد أن ردت اليه (مادة ١١٨ «اثبات») .

وقد عرفت المادة «١٠٣» من قانون الاثبات الاقرار بأنه اعتراف الخصم أمام

---

(١) محكمة القضاء الادارى فى ١٩ أبريل سنة ١٩٥٠ – السنة الرابعة القضائية – ص ٦٢٢ .

القضاء بواقعة قانونية مدعى بها وذلك أثناء سير الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة .

أما اذا انتقلنا الى الاقرار فى ظل نظام القضاء الادارى فاننا نجد أن مفهومه بصفة عامة لا يختلف عن مفهومه أمام القضاء العادى ، مع ملاحظة الملاءمة بين ما تقتضيه ظروف وملابسات الدعوى الادارية واختلاف طبيعتها عن الدعوى أمام المحاكم العادية ، فضلا عن خضوع الدعوى الادارية لأحكام القانون العام .

وبصفة عامة ففى نطاق المنازعات الادارية قد يقدم الاقرار من ذوى الشأن شفاهة فى الجلسة ويثبت فى المحضر وتعمل المحكمة أثره القانونى ، وقد يقدم كتابة فى المذكرات أو المستندات المودعة بالملف ، وهذا هو الأمر الغالب كنتيجة للصفة الكتابية التى تتصف بها المرافعات الادارية ، بل وقد يستخلص الاقرار من نتيجة استجواب ذوى الشأن ومناقشتهم ، حيث قد يصدر منهم القرار بوقائع معينة تفيد فى الاثبات .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة القضاء الادارى بأنه : «اذا قدمت الحكومة اقرارا قالت أنه صادر من المدعية وفيه تنازل صريح عن مصاريف الدعوى ، ولم ينكر الحاضر عن المدعية التوقيع منها ، وانما يطلب عدم التعويل عليه ... فلهذا ترى المحكمة اعمال نص هذا الاقرار وأخذ المدعية به»[(١)] .

كما قضت المحكمة بأنه : «يعتد باقرار الحكومة ، بعد انكارها تقديم تظلم من المدعية ، وذلك اثبات يفيد تقديم هذا التظلم»[(٢)] .

وتبدو أهمية الاقرار أمام القضاء الادارى فى تطبيقات متعددة وعلى وجه الخصوص فى حالات اثبات الانحراف فى استعمال السلطة ، وحالات العلم اليقينى بالقرار الادارى ، وذلك نظرا لأن هذه المنازعات تستند الى الاثبات المادى الذى يقوم على الأدلة الشخصية التى تحتاج الى اقرار من شخص الموظف أو من الغير .

ويلاحظ أن قوة الاقرار أمام القاضى الادارى تدخل فى نطاق سلطته التقديرية ، فقد يأخذ به ، وقد يطرحه جانبا اذا اقتضى ذلك انزال حكم القانون

---

(١) محكمة القضاء الادارى فى ٩ يناير ١٩٥١ - السنة الخامسة القضائية - ص ٤٠٧ .

(٢) محكمة القضاء الادارى فى ٥ يناير ١٩٤٥ - ٣ ق - ص ٢٢٩ .

على الوجه الصحيح فى المنازعة المطروحة ، وذلك نظرا لما سبق أن بيناه من أن الدعوى الادارية تخضع لأحكام القانون العام فى كثير من جوانبها .

(ب) اليمين

اليمين بصفة عامة يقصد بها اليمين الحاسمة وهى يمين يوجهها الخصم الى خصمه عندما يعوزه الدليل وهى ليست دليل يقدمه المدعى على صحة دعواه بل هى طريقة احتياطية لا تخلو من مجازفة يلجأ اليها المدعى عندما يعوزه كل دليل آخر على صحة الدعوى ، والذى يوجه اليمين الحاسمة هو أى من الخصمين الذى يكون عليه عبء اثبات واقعة قانونية . فيمكنه أن يوجه اليمين الى خصمه فيما يجب عليه هو أن يثبته ، ولما كان توجيه اليمين تصرفا قانونيا فانه يشترط فيه أن يكون خاليا من عيوب الارادة ، أى غير مشوب بغلط أو تدليس أو اكراه[1] فاليمين لا تخرج عن كونها اعلانا يؤكد بها الخصم حقيقة واقعة معينة متخذا من الله سبحانه وتعالى شاهدا على صدق تأكيده لها .

وقد جاء ذكر اليمين بالمادة «١١٤» من قانون الاثبات حيث تقول :-

يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة الى الخصم الآخر ، على أنه يجوز للقاضى أن يمنع توجيه اليمين اذا كان الخصم متعسفا فى توجيهها .

ولمن وجهت اليه اليمين أن يردها على خصمه ، على أنه لا يجوز الرد اذا انصبت اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمين ، بل يستقل بها شخص من وجهت اليه اليمين .

« ويجوز طلب توجيه اليمين فى أية حالة كانت عليها القضية ولو فى الاستئناف » ، (مادة - ١١٥ - اثبات فقره أخيره) .

وقد بينت محكمة النقض المصرية شروط اليمين الحاسمة وسلطة المحكمة فى توجيهها بقولها : « أن اليمين الحاسمة ملك للخصوم لا للقاضى وأن على القاضى أن يجيب طلب توجيهها متى توافرت شروطها الا اذا بان له أن طالبها يتعسف فى هذا الطلب ، ومحكمة الموضوع وأن كان لها كامل السلطة فى استخلاص كيدية اليمين ، فانه يتعين عليها أن تقيم استخلاصها على اعتبارات

---

(١) الاستاذان/ عز الدين الدناصورى وحامد عكاز - المرجع السابق - ص ٥٦٤ - ٥٦٦ .

من شأنها أن تؤدى اليه ، فاذا أقامت المحكمة حكمها بكيدية اليمين على مجرد أن الوقائع المراد اثباتها منتفية بمحررات صادرة من طالب توجيه اليمين فهذا منها يعتبر قصورا فى التسبيب ، فان كون الواقعة المراد اثباتها باليمين تتعارض مع الكتابة لايفيد بذاته أن اليمين كيدية[1].

وفى نطاق المنازعات الادارية ، فان الجهة الادارية هى طرف دائم فى الدعوى الادارية سواء كانت تتعلق بدعاوى الالغاء أو التسويات المتعلقة بمنازعات الموظفين ، أو كانت متعلقة بدعاوى التأديب ، أو بشأن منازعات الافراد أو بمنازعات العقود الادارية وعلى ذلك فالجهة الادارية ينوب عنها من يمثلها من الموظفين المسئولين ، فاذا وجهت اليهم اليمين فيتنازعهم عاملين مختلفين أولهما : الادلاء بالحقيقة ، وثانيهما : التحرج من ذكرها **ذلك الأمر الذى يبرر استبعاد توجيه اليمين الحاسمة فى الدعوى الادارية لتعارضها مع طبيعتها .**

غير أن محكمة النقض قضت بأنه اذا كان الخصم شخصا معنويا فليس هناك ما يمنع من توجيهها الى ممثله القانونى[2] . وذلك على سند من أن الشخص المعنوى سواء كان شخصا معنويا عاما كشركة قطاع عام ، أو شخصا معنويا خاصا كشركة تضامن ، مثلا ، فيمثل كلا منهما شخص طبيعى .

أما بالنسبة لليمين المتممة التى يوجهها القاضى الادارى الى أحد الطرفين لاستكمال عقيدته واقتناعه فانها تعتبر من وسائل التحقيق وتتم فى حضور الخصم ، ولم يرد ذكرها فى النصوص المتعلقة بقانون مجلس الدولة فى كل من مصر وفرنسا .

وقد أجمع الفقه على استبعاد توجيهها الى ممثل الجهة الادارية لنفس الاعتبارات سالفة الذكر ، أما بالنسبة لامكان توجيهها للفرد المتنازع مع الادارة فقد اختلف الفقه فى ذلك ، **فهناك رأى يقول بعدم جواز ذلك اعمالا لمبدأ المساواة بين الطرفين المتنازعين ، وهناك رأى آخر يرى أنه لا يوجد ما يمنع القاضى الادارى**

---

(١) نقض ١٩٤٦/٥/٣٠ – مجموعة القواعد القانونية فى ٢٥ سنة – الجزء الأول – ص ٨٢ – قاعدة رقم ٣٩٩ ، ونقض ١٩٦٩/٢/١٣ – سنة ٢٠ ق ص٣٢٧ – ونقض فى ١٩٨٠/٤/٣ طعن رقم ٧٠٣ سنة ٤٧ ق .

(٢) الطعن رقم ٥٨٣ – س ٤٨ ق – جلسة ١٩٨٢/١١/٢٩ – مشار لهذا الحكم تفصيلا بمرجع الاستاذ/ عصمت الهوارى «قضاء النقض فى منازعات العمل والتأمينات الاجتماعية – الجزء الخامس» – ص ١٠٢٥ ، ١٠٢٧ – قاعدة ٦٦٧ .

من توجيه اليمين المتممة للافراد على سبيل الاستثارة والاستئناس بها وفقا لتقديره بالنسبة لموضوع الدعوى دون أن يترتب عليها أى أثر قانونى ملزم ، وقال بهذا الرأى الاستاذ الدكتور/ أحمد كمال الدين موسى فى رسالته عن «نظرية الاثبات فى القانون الادارى» وفى مقاله المنشور بمجلة العلوم الادارية بعددها الثانى الصادر فى ديسمبر سنة ١٩٧٩ حيث يقول : « واذا كان الاجماع انعقد على استبعاد اليمين الحاسمة تماما أمام القضاء الادارى فقد اختلف الرأى بالنسبة لليمين المتممة التى تعتبر من وسائل التحقيق ويقول : وأميل شخصيا الى القول بامكان توجيه اليمين المتممة الى الافراد وحدهم فى الدعوى الادارية للاستثارة ومع ذلك فلا توجد تطبيقات تذكر فى هذا الشأن »[1] .

ومن وجهة نظرنا فإنه مع احترامنا وتقديرنا الكبير لفكر الاستاذ المستشار/ أحمد كمال الدين موسى فى موضوع الاثبات الادارى ، الذى أثرى به المكتبة العربية ، الا أننا لا نرجح فكرة توجيه اليمين المتممة للافراد دون الادارة لأن الأخذ بذلك يخل بالتوازن بين الادارة وخصومها ، ومن جانب آخر فلم نجد فى التطبيقات العملية لمجلس الدولة المصرى ما يأخذ بذلك ، كما أن التسليم بذلك يشجع بعض الافراد على الالتجاء الى هذه اليمين المتممة بغية التأثير على القاضى الادارى باقناعه بأمر قد يجانب الحقيقة ، وفضلا عن ذلك فإن المنازعة الادارية تحكمها مبادىء القانون الادارى فالقاضى الادارى هو الذى يدير دفة الاثبات فى الدعوى الادارية ويقوم بدور ايجابى فيها ، ولذا فهو قادر على استلهام الحقيقة بغير الاستناد الى اليمين المتممة ، كما أن الاثبات فى الدعوى الادارية يعتمد بالدرجة الأولى على الاثبات الكتاب الذى يعتمد أيضا على المستندات والملفات والسجلات ، والقرارات الادارية ، ومحاضر الجلسات ، وذلك فضلا عن توصيات الاجهزة الاستشارية مما يغنيه عن الالتجاء الى اليمين المتممة لعدم الاخلال بالمساواة بين الطرفين المتنازعين .

ومن هنا يتضح أنه اذا كان القاضى المدنى يوجه اليمين ليبنى عليها حكمه فى موضوع أو فى قيمة ما يحكم به ، فان القاضى الادارى يمكنه استلهام الحقيقة من المستندات المقدمة اليه[2] .

---

(١) راجع هذا الرأى فى مجلة اللعلوم الإدارية - السنة الحادية والعشرين - العدد الثانى - ديسمبر ١٩٧٩ - مقال للدكتور أحمد كمال الدين موسى بعنوان «دور القاضى الادارى فى التحضير من حيث الموضوع» .

(٢) خلاصة القول أن الفقه والقضاء قد استبعدا كلا من اليمين المتممة واليمين الحاسمة بصفة=

وفضلا عن ذلك فأن أثر اليمين المتممة أقل فاعلية من اليمين الحاسمة ، فكما سبق القول يمكن للمتقاضى رد اليمين على خصمه ، وبهذا لا يكتفى من وجهت اليه اليمين الحاسمة بموقف سلبى وهو الرفض ، ولكنه يطلب ممن وجه اليه اليمين أن يحلف هو لأن الحق فى رد اليمين يعتبر وسيلة لايجاد توازن بين مركزى الطرفين بالنسبة لهذا الدليل .

أما فى حالة اليمين المتممة فان الخصم الذى يوجه اليه اليمين المتممة يكون بالخيار أما أن ينكل عنها أو أن يحلفها ، ولكن ليس له أن يردها على خصمه[1] .

الخلاصة :

نخلص من ذلك الى أنه اذا كان الاجماع قد انعقد على استبعاد اليمين الحاسمة أمام القضاء الادارى ، فمن باب أولى استبعاد اليمين المتممة ويكفى القاضى الادارى مالديه من سلطات كبيرة فى استيفاء الدعوى وحقه فى التكليف بالمستندات .

● ● ●

- عامة فى مجال الإثبات أمام القضاء الإدارى (راجع دكتور/ مصطفى أبو زيد فهمى، – ص ٦٦٦ – مشار إليه بمؤلف الدكتور/ أحمد كمال الدين موسى «نظرية الاثبات فى القانون الادارى» – مرجع سابق – ص ٣٩٩ .

(١) دكتور فتحى والى : «الوسيط فى قانون القضاء المدنى» – ط/ ١٩٨١ – ص ٦١٩ ، ٦٢٧ .

الفصل الثانى

اثبات العقد الادارى

بعد أن أوضحنا القواعد العامة للاثبات فى المنازعات الادارية نشير الى بعض المبادىء المتعلقة باثبات العقد الادارى .

فبادىء ذى بدء نقرر أن المشرع قد أخضع اثبات بعض العقود الادارية لاجراءات شكلية معينة كما هو الوضع بالنسبة الى المناقصات العامة . غير أنه من المسلم به أن عقود الادارة يمكن أن تخضع لقاعدة التحرر من الشكليات مالم يشترط المشرع صراحة اجراء شكليا معينا فى ابرام عقد معين ، فيكفى عندئذ توافق ارادة الادارة مع ارادة المتعاقد معها لقيام الرابطة التعاقدية .

وقد كان هناك رأى فى القضاء الفرنسى يعتمد على الشكليات لتميز العقود الادارية عما عداها من عقود الادارة ، غير أن محكمة التنازع الفرنسية استبعدت هذه الفكرة من أساسها منذ حكمها الصادر فى أول مايو سنة ١٩٢٦ .

وقد تأكد هذا الاتجاه فى أحكام مجلس الدولة المصرى حيث صدر حكم محكمة القضاء الادارى فى ٢ يونيه سنة ١٩٥٧ معبرا عن هذا الاتجاه حيث جاء بحكم المحكمة مايلى :

«كما أن من العقود الادارية ما يجب – من حيث الشكل – أن يكون مكتوبا حتى يتيسر تضمينه الشروط الاستثنائية التى تميزه عن عقود القانون الخاص . على أن مسألة شكل العقد الادارى كمعيار يميزه عن العقود المدنية ، كانت مثار خلاف وجدل انتهى الرأى فيه **واستقر فى الفقه والقضاء الفرنسى على أن اشتراط أن يكون العقد مكتوبا هو شرط متعلق بصحة العقد وليس خاصا بطبيعته ، وأنه اذا كانت العقود غير المكتوبة هى أصلا من عقود القانون الخاص ، الا أن العقد الادارى قد يكون هو الآخر غير مكتوب ، وفى هذه الحالة تكون الشروط الاستثنائية الغير مألوفه مضمنة فى قواعد تنظيمية أو تشريعية قائمة من حيث الأصل ، ويخضع مباشرة لنصوصها العقد عند نشأته وبعد ابرامه . وتسرى عليه هذه القواعد ، وهى التى تسبغ عليه أساسا – ومع توافر باقى الأركان – صفة العقد الادارى اعتبارا بأن الشروط الاستثنائية لا يجب حتما أن تكون شروطا رضائية يتفق**

عليها الطرفان المتعاقدان وقت ابرام العقد ، بل قد يفرضها عليهما القانون سلفا ويستلزم وجودها النظام الموضوع لادارة المرفق العام ، وكيفية المساهمة فيه أو الاشتراك فى ادارته وتسييره»[1] .

كما أنها تؤكد فى حكمها الصادر فى ٤ يناير سنة ١٩٥٩ (السنتان ١٢ و ١٣ ص ٦٠) أن المدعى عليه «بتقدمه الى الحكومة للحصول منها على أذونات لتسلم الدقيق لصنع المكرونة ، يكون فى الواقع قد قبل جميع ما نصت عليه القرارات الوزارية والأوامر الخاصة بصناعة هذا الصنف ... ويكون بذلك قد نشأ بينه وبينها عقد ادارى غير مكتوب ، اذ لا يشترط فى العقد الادارى أن يكون مكتوبا ...» .

وبالنسبة الى العقد الادارى غير المكتوب ، فقد أشارت المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ١٨ مايو سنة ١٩٦٨ (س ١٣ ص ٩٥٣) إلى مايلى :

«ولئن كان العقد غير المكتوب غير مألوف فى المجال الادارى بسبب جنوح الادارة عادة الى اثبات روابطها التعاقدية بالكتابة ، الا أنه لازال يؤدى دورا مكملا لبعض أنواع العقود الادارية ، فقد تركن اليه مع بعض المتعاقدين اذا اتفقت معهم على تكملة أغراض التعاقد من ناحية من النواحى التى انصب عليها هذا الأسلوب التعاقدى يخلف مشكلة التعرف على طبيعة العقد ...» .

وسبق ايضاح اشتراط الكتابة الواردة بلائحة المناقصات والمزايدات عندما تصدينا لها تفصيلا .

★ أما فيما يتعلق بالتعاقد بطريق الممارسة فهى تخضع للشروط العامة فيما لم يرد فيه نص خاص فى لائحة المناقصات والمزايدات .

★ وأما بالنسبة للتعاقد عن طريق الاتفاق المباشر فلم تشترط اللائحة الجديدة الشكل الكتابى ، وان كانت قد اشترطت أن يتم التعاقد بمقتضى ترخيص من رئيس الادارة ، أو رئيس المصلحة المختص ، وأن يتضح من المستندات الأسباب الملحة التى تقضى باتباع طريق هذا الاتفاق المباشر .

---

(١) محكمة القضاء الادارى – الدعوى رقم ٣٤٨٠ لسنة ٩ ق .

★ وبالنسبة لاجراء البيع بطريق المظاريف المغلقة فتطبق بشأنها اجراءات المناقصة العامة ، وبطبيعة الحال يجب أن تكون الاجراءات مكتوبة فإن قواعد النظام البيروقراطى الذى يتمثل فى التدرج الرئاسى للمستويات الادارية بما يشتمل عليه من تأشيرات واجراءات كثيرة يؤدى فى معظم الحالات الى وجود وثائق كتابية سندا للاثبات حتى ولو لم يفرغ العقد فى النهاية فى وثيقة مكتوبة ، ويرجع ذلك الى الخوف من أجهزة الرقابة التى تتصيد الأخطاء وتهتم بالشكل أكثر من اهتمامها بمرونة الاجراءات .

يواجه القادة الادرايون من الضغوط الرقابية التى تباشرها أجهزة الرقابة التشريعية والمركزية والسياسية ، والاجتماعية ، وتتمثل الرقابة التشريعية فى رقابة أعضاء المجالس التشريعية واللجان المتخصصة بها ، كما يوجه القادة مشكلات الرقابة المتعددة التى تقوم بها أجهزة الرقابة المركزية كأجهزة المحاسبات والخدمة المدنية والرقابة الادارية ، وغير ذلك من الأجهزة الأخرى ، ويمكن أن تأخذ هذه الأجهزة الشكل القضائى مثل محاكم المحاسبات الموجودة فى بعض الدول كفرنسا وايطاليا وبلجيكا .

وجدير بالذكر أن انعكاسات الضغوط الرقابية تختلف باختلاف الايديولوجية السائدة فى كل دولة على حدة ، ففى الادراتين الفرنسية والامريكية تكون الوصاية الادارية شديده ، بينما تخف حدتها فى الادارة الانجليزية . وفى مصر تبالغ سلطات الرقابة الادارية فى إجراءاتها الشديدة ولم تفلح مؤتمرات الاصلاح الادارى فى علاج هذه المشكلة .

وفى تصورنا أنه يمكن علاج ضغوط الرقابة التشريعية والسياسية والاجتماعية من خلال ترشيد أجهزة الرقابة حتى لا تستغل كأداة للضغط وللنفوذ لخدمة المصالح السياسية أو الخاصة ، اذ ينبغى أن تكون الرقابة محايدة ، وبمنأى عن اساءة استعمال السلطة أو التشكيك المغرض فى تصرفات القادة الاداريين حتى لا يفرطون فى الشكليات خشية إحالتهم للكثير من التحقيقات الادارية[1] .

---

(١) للتوسع فى هذا الموضوع : راجع مؤلفنا «القيادة الادارية (دراسة نظرية ومقارنة)، س ١٩٧١ ص ١٤٨ ومابعدها . (نفذ وتحت الطبع ، وموجود بمكتبة كلية الحقوق بجامعة القاهرة نسخ منه للاطلاع) .

كذلك يستند القضاء فى غالب الأحوال الى المستندات المكتوبة لاثبات الرابطة التعاقدية حتى ولو كانت طبيعة العقد لاتستلزم الشكل الكتابى ، وذلك كما سبق القول بأن الوضع بالنسبة لوسائل الاثبات العامة أمام القضاء الإدارى يتمثل فى امكانه تكليف الطرفين بايداع بعض المستندات التى يرى القاضى لزومها لتكوين عقيدته واقتناعه ، ويباشر القاضى هذه الوسيلة بناء على طلب أحد الطرفين أو من تلقاء نفسه ، ويمكن التكليف بذلك بتوجيه الطلب الى المدعى أو المدعى عليه طبقا لما تقتضيه ظروف الدعوى .

وفى حالة تقاعس جهة الادارة عن ارسال المستندات المطلوبة ، يمكن للمفوض أو للمحكمة الحكم على المسئول بغرامة مالية .

وسبق أن حكمت محكمة القضاء الادارى فى حكمها الصادر فى ١٥ ابريل سنة ١٩٧٠ : «أنه من المبادىء المستقرة فى المجال الادارى أن الجهة الادارية تلزم بتقديم سائر الأوراق والمستندات المتعلقة بموضوع النزاع والمنتجة فى اثباته ايجابا أو نفيا متى طلب منها ذلك» .

وكما سبق القول يمكن للقاضى الادارى مطالبة الادارة ببعض المستندات التى يستشف منها السبب القصدى فى اساءة استعمال السلطة أو عدم مشروعية القرار موضوع التظلم ، وذلك نظرا لأن القاضى الادارى هو فى حقيقة الأمر قاضى مشروعية يزن القرار الادارى بميزان المشروعية ، وله فى سبيل تحقيق هذه الغاية الاطلاع على المستندات التى تقنعه فى ضميره وفى وجدانه بشرعية القرار المتظلم منه .

وجدير بالذكر أنه اذا تجاهلت جهة الادارة طلب المستندات اللازمة للفصل فى الدعوى ، فان ذلك يؤدى الى التشكيك فى صحة الاجراءات التى اتخذتها الادارة ، ويتحقق ذلك أيضا اذا لم تقدم الادارة ما يدحض المستندات التى قدمها المدعى أو المتعاقد ، وبالمقابل يمكن المعاملة بالمثل فى حالة عدم تقديم المدعى المستندات المطلوبة ، أو عدم دحض أو نفى ما تقدمه الادارة من مستندات أو قرائن قوية مقنعة[١] .

---

(١) راجع ما ذكرناه بالفصل الأول بشأن الوسائل الجوهرية للاثبات .

ومن هنا يبين أهمية المستندات الملحقة بالعقد حتى لو كانت الشكلية والكتابة غير مؤكدة .

وجدير بالاحاطة أن حريه الادارة فى التحلل من الشكل الكتابى للعقود الاداريه يحتاج الى الالمام بمايلى :

★ فى بعض الحالات التى لا يشترط فيها المشرع الشكل الكتابى صراحة ، فقد تفرض طبيعة العقد هذه الشكليات ، فهى لا تخضع - كقاعدة عامة - للشكل الكتابى ، ولكن من العسير تصور عقد امتياز مثلا دون وثيقة كتابية تحدد حدود وواجبات الملتزم وكيفية تصفية الامتياز وغير ذلك من الشروط الملزمة لكلا الطرفين ، ومدى حقوقهما حتى يمكن للقضاء أن يهتدى بها اذا ماأثيرت منازعات ادارية بشأنها .

★ كذلك فان تحلل الادارة من الشكل الكتابى فى بعض الحالات نتيجة لفكرة العقود الضمنية . «Contrats Tacites» كحالة امتداد عقد من عقود الادارة بعد نهايته .

★ كذلك فان العقد المكتوب يعتبر ثابت التاريخ ، ولا يمكن انكار ما يجيىء به الا عن طريق الطعن عليه بالتزوير . ولهذا السبب تبدو أهمية الكتابه .

★ وجدير بالاحاطة أن عقد الكفالة لا يشترط أن يكون مكتوبا بالنسبة للكفيل الذى ضمن عضو البعثة التعليمية وإلزام عضو البعثة لا يشترط فيه الكتابه لأنه وليد عقد إدارى تكاملت أركانه .

ولاثبات ذلك نعرض حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ٣١ يناير سنة ١٩٧٦ حيث جاء به مايلى :

«اذا كان الثابت أن المدعى عليه الثانى قد كفل المدعى عليه الأول لدى تقدمه للالتحاق بالمدرسة الثانوية للبريد فى رد نفقات تعليمه وثمن الكتب والأدوات وقيمة المكافآت التى تمنح له اذا فصل من المدرسة بسبب سوء السيرة أو الرسوب أو الانقطاع دون اخطار ، فان دلالة ذلك أن المدعى عليه الثانى قد كفل المدعى عليه الأول بناء على طلب هذا الأخير التزاما بما أوجبه القرار الجمهورى رقم ١٦٢٠ لسنة ١٩٦١ بانشاء المدرسة الثانوية للبريد من أن يقدم طالب الالتحاق بهذه المدرسة كفيلا مقتدرا يتعهد بالتضامن معه برد النفقات المشار اليها اذا أخل بالتزامه - مفاد ذلك أن المدعى عليه الأول هو الذى قدم المدعى عليه الثانى ليتعهد بالتضامن معه فى تنفيذ الالتزام المذكور ومن مؤداه قيام التزام أصلى على عاتق المدعى عليه الأول

يلتزم بمقتضاه برد المبالغ آنفة الذكر الى هيئة البريد فى حالة اخلاله بالتزاماته التى نص عليها القرار الجمهورى سالف الذكر - هذا الالتزام وان لم يكن مكتوبا الا أن قرائن الحال تقطع بقيامه - أساس ذلك أنه وليد عقد ادارى تكاملت أركانه الأساسية وأن العقد الادارى لا يشترط دائما أن يكون مكتوبا»[1] .

حالة حق الادارة فى مصادرة التأمين دون حاجة للالتجاء الى القضاء فى التنفيذ ، وعدم التزامها باثبات ركن الضرر

تأكيدا لذلك قضت المحكمة الادارية العليا بتاريخ ٢ يناير سنة ١٩٦٥ بمايلى :

«من المسلم أن للادارة الحق فى مصادرة التأمين عند وقوع الاخلال ، وذلك دون حاجة لاثبات ركن الضرر ، لا لأن هذا الركن غير مشترط أصلا ، وانما لأنه ركن يفترض فى عقد ادارى بفرض غير قابل لاثبات العكس ، فلا يجوز للمتعاقد مع جهة الادارة أن يثبت أن الضرر الذى لحق الادارة يقل عن التأمين ، ومن ثم لا يتصور والأمر كذلك ، أن لا يكون للادارة الحق فى الرجوع على المتعهد المقصر بالتعويض الذى يعادل قيمة الأضرار فى الحالة التى تجاوزفيها هذه القيمة مبلغ التأمين المودع ، بل يحق لجهة الادارة بغير شك أن تطالب المتعاقد معها بتكملة ما يزيد على مبلغ التأمين الذى لا يفى بالتعويضات اللازمة عما أصاب جهة الادارة من أضرار حقيقية وفعلية ، ذلك أن التأمين قد يمثل الحد الأدنى للتعويض الذى يحق للادارة اقتضاؤه ولكن يقينا لا يمثل الحد الأقصى لما قد يطلب من تعويض»[2] .

---

(١) المحكمة الادارية العليا - مجموعة المبادىء القانونية التى قررتها - السنة الحادية والعشرون من أول أكتوبر ١٩٧٥ الى آخر سبتمبر ١٩٧٦ - حكمها فى القضية رقم ٧٤ لسنة ١٦ ق - جلسة ٣١ يناير سنة ١٩٧٦ - بند ١٥ - ص ٣٧ .

(٢) المحكمة الادارية العليا - حكمها بتاريخ ٢ يناير سنة ١٩٦٥ - المجموعة س ١٠ ص ٣١٣ - مشار اليه بمؤلف الدكتور/ عبد المجيد فياض - مرجع سابق - ص ٢٠٢ - ٢٠٣ .

الخلاصـــة :

خلاصة القول أن المشرع قد أخضع بعض عقود الادارة لاجراءات شكلية معينة اذا تمت بطريق المناقصة العامة ، ولكن من المسلم به أن عقود الادارة يمكن أن يخضع بعضها لقاعدة التحرر من الشكليات ، وذلك مالم يشترط صراحة اجراء شكليا معينا فى ابرام عقد معين ، فانه يكفى فى هذه الحالة توافق ارادة الادارة وتطابقها مع ارادة المتعاقد معها حتى تقوم الرابطة التعاقدية الصحيحة .

★ ونرى أنه يمكن الاسترشاد فى ثبوت العقد الادارى غير المكتوب بظروف الحال وقرائن الاثبات ، وبما يستشفه القاضى الادارى من نية المتعاقدين .

★ ومع ذلك فاننا نرجح أسلوب الكتابة قطعا للشك باليقين ، وتقليلا من حجم المنازعات الادارية التى تثور حول تفسير التكييف القانونى للعقد ، وما اذا كان اداريا أو غير ذلك .

• • •

الباب الخامس

بعض قواعد تفسير العقود والأحكام فى ظل المبادىء والقواعد المستقره فى القضاءين الادارى والمدنى

الباب الخامس

بعض قواعد تفسير العقود والأحكام فى ظل المبادىء المستقرة فى القضاءين الادارى والمدنى

الفصل الأول

بعض القواعد العامة فى تفسير العقود الادارية والمدنية فى ظل المبادىء والقواعد المستقرة فى القضاءين الادارى والمدنى

المبحث الأول

تفسير العقد وتحديد نطاقه وكيفية تنفيذه والمبادىء الجوهرية فى التفسير

(أولا) : بادىء ذى بدء نجد من المفيد التمييز بين تفسير العقد وتحديد نطاقه وكيفية تنفيذه وذلك على النحو التالى :

★ هناك مسائل ثلاث يجب تمييزها بعضها عن بعض وهى تفسير العقد ، وتحديد نطاقه - وكيفية تنفيذه .

★ وأول مسألة هى تفسير العقد ، فاذا فرغ القاضى من التفسير واستخلص النية المشتركة للمتعاقدين ، انتقل الى تحديد نطاق العقد ، فلا يقتصر فى هذا التحديد على ماورد فى العقد وفقا للنية المشتركة للمتعاقدين ، بل يجاوز ذلك الى ماهو من مستلزمات العقد وفقا للقانون والعرف ، والعدالة بحسب طبيعة الالتزام ، ثم ينتقل القاضى بعد تفسير العقد وتحديد نطاقه الى المسألة الثالثة وهى تنفيذ العقد ، فيلزم المتعاقدين بتنفيذه طبقا لما اشتمل عليه ، والمشتملات يعرفها

القاضى عن طريق التفسير وتحديد النطاق - ويكون التنفيذ بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية (مادة ١٤٨) فقرة أولى مدنى[١] .

★ وبناء على ماتقدم يجب انطواء العقد على حسن النية ، فلا يعوق التنفيذ أن يبرره الاخلال بشروط العقد البسيطة ، أو التحلل من الالتزامات الناشئة عنه ، مجرد الخلاف على بعض الأمور أو على تفسير بعض الشروط اذا كان الخلاف يدور حول فروق مالية يمكن تسويتها .

(مثال) : تأخر استصدار اذن الاستيراد اللازم لا يبرر فسخ العقد من جانب المتعهد - سيما اذا قامت الادارة بواجب التسهيل وصدر الاذن فعلا - هذا الفسخ يجعل التأمين المدفوع من تلقاء نفسه من حق الادارة طبقا لنصوص العقد» .

★ كذلك يجب استخلاص نية الادارة ، لأن العبرة فى استخلاص ارادة الادارة ليست بالمعنى الحرفى لقرارها ، بل يجب الاعتداد بالآثار التى رتبتها الادارة على تصرفها للكشف عما قصدته فى الحقيقة - فتعبير الادارة فى تصرفها فى بعض الأوراق بعبارة «الغاء العقد واعادة تأجير المقصف على حساب المدعى عليه ، هو فى حقيقته تنفيذ على حسابه مادامت قد اجتزأت الآثار التى تترتب على التنفيذ على حسابه» .

ولذلك وبناء على ماسبق بيانه يجب التعرف على طبيعة العقد فى ضوء النية المشتركة للمتعاقدين ، لأن ذلك يعين على رفع اللبس فى مسائل تبقى مضطربة دون هذا التمييز - وفى هذا يقول العميد السنهورى فى تفسير العقد :

«يجب العناية بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ، وتحديد نطاق العقد ، ويضاف الى هذه النية المشتركة مالم تتناوله فى الواقع ، ولكنه من مستلزماتها ، وفى التنفيذ يضاف الى هذه النية مستلزمات العقد» .

★ ومن وجهة نظرنا نرى أنه يمكن الاستفادة بهذه المبادىء التى يقرها الفقه والقضاء المدنى بما يتلاءم مع تفسير العقد الادارى ومستلزماته لاسيما حق الادارة فى التعديل لصالح المرفق العام .

---

(١) العميد الدكتور/ السنهورى «الوسيط فى شرح القانون المدنى» المجلد الأول (العقد) ط/ ٣ ص ٨٣٦ .

فالقاضى الادارى يبدأ بتفسير العقد وما اذا كان عقدا مدنيا لا يخضع لاختصاصه الولائى ، أو عقدا اداريا يخضع فى تفسيره وتحديد نطاقه وكيفية تنفيذه للقواعد المتعلقة بالعقود الادارية . ويضاف الى ذلك أن طبيعة الالتزام هى التى تملى على القاضى الادارى قواعد التفسير التى تتفق مع طبيعة العقد ، ويمكن الاعتماد على ما يشتمل عليه العقد من شروط غير مألوفه فى العقود المدنية ونعنى بها الشروط الاستثنائية وهى غير المألوفه فى العقود المدنية .

★ كذلك يجب تنفيذ العقد الادارى بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ، ولا خلاف فى ذلك بين العقد المدنى والعقد الادارى ، وكل ما هنالك أنه فى تنفيذ العقد الادارى يراعى صالح المرفق العام ، وضرورة تسييره سيرا مضطردا ومنتظما ، فلا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف وقواعد العدالة بحسب طبيعة الالتزام ، ونتيجة ، لذلك يمكن تطبيق القاعدة الواردة بالفقرة الثانية من المادة (١٤٨) مدنى ، والمتعلقة بحسن النية على كل من العقود المدنية والادارية مع التوسع فى تفسيرها بالنسبة للعقد الادارى استنادا الى حق جهة الادارة فى التعديل لمقتضيات تسيير المرفق العام ، واستنادا الى حقها فى التوجيه والرقابة حسبما سبق بيانه .

★ كما يمكن امتداد تطبيق الفقرة الثانية من المادة (١٤٧) مدنى على كل من العقد المدنى والادارى ، وتنص هذه المادة على مايلى :

«ومع ذلك اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لَم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى . وان لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضى تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك» .

(ثانيا) : المبادىء الجوهرية فى التفسير والواجب اتباعها أمام القضاءين المدنى والادارى :

نرى أنه من أهم هذه المبادىء مبدأين جوهريين يجب مراعاتهما فى جميع المنازعات ، سواء أكانت منظورة أمام القضاء العادى أو القضاء الادارى .

ونورد المبدأين فيمايلى :

(المبدأ الأول) :

متى كان النص واضحا فلا يجوز تأويله أو تفسيره أو الخروج على أحكامه :

وفى ذلك تقول محكمة النقض «متى كان النص واضحا وصريحا وجليا وقاطعا فى الدلالة على المراد منه ، فلا محل للخروج عليه أو تأويله بدعوى الاستهداء بالمراحل التشريعية التى سبقته أو الحكمة التى أملته وقصد الشارع منه ، لأن محل هذا البحث انما يكون عند غموض النص أو وجود لبس فيه»[١] .

(المبدأ الثانى) :

النص المطلق يجرى اعماله على اطلاقه طالما لم يوجد ثمة نص يقيده مع التزام الحدود المشروعة فى التفسير والدفاع دون غلو أو تعنت أو مغالاه :

وفى ذلك تقول محكمة القضاء الادارى فى حكمها الصادر فى ٧ نوفمبر سنة ١٩٥٤ مايلى :

«ان الحكومة فى مخاصمتها للافراد أو فى مخاصمة الأفراد لها يجب أن تكون مثلا تحتذى فى معالجة الدعاوى والجواب عليها ، والتزام الحدود المشروعة للدفاع ، فتترفع عن انكار الحقائق الثابتة أو اخفائها ، وتبادر الى ذكر الوقائع الصحيحة الماثلة فى الأوراق التى بين يديها ، وتباعد بينها وبين العنت الذى يرهق خصمها بغير مقتضى ... لأنها خصم لايبغى العدوان على حقوق الناس ، ويعاون القضاء فى الوصول الى الحل أيا كان جانبه . ومن هنا يثقل حسابها عن حساب الأفراد عندما يقفون من بعضهم البعض موقف اللدد فى الخصومة .. فاذا كان منهج الحكومة ، ودفاعها ... قد جاوز الاجتهاد فى التفسير والتأويل وبيان وجهة النظر القانونية والموضوعية الى ذكر وقائع غير صحيحة ، وانكار ماهو ثابت فى الأوراق الرسمية والتغالى فى هذا الانكار ، واخفاء بعض الأوراق التى كان من الجائز أن تفيد منها المدعية لو علمت بها فى الوقت المناسب ، وقد انطوت تصرفاتها مع المدعية على اجراءات خاصة تدل على العنت وتفصح عن مقاومة عنيدة خالية من الحق ، فاستطال أمد النزاع سنوات عديدة ، ظل فيها

---

(١) الطعن بالنقض رقم ٣٢٩ لسنة ٤١ ق - أحوال شخصية - جلسة ١٩٧٦/٥/١٢ - ص ١٠٨٧ .

موقف المدعية معلقا ، اذا كان ما تقدم كذلك ، فان المدعية تستحق عن هذا الدفاع الكيدى وعن الاجراءات الخاطئة التى اتبعتها الحكومة تعويضا .....»[1] .

★ وفى حكم آخر تقول المحكمة : أن القاعدة هى أن المطلق يجرى على اطلاقه ، ونتيجة لذلك يستوى أن تكون الدعوى موجهة من الدولة ضد الأفراد أو العكس .

وفى ذلك تقول المحكمة :

«والأساس فى تحديد اختصاص القضاء الادارى بدعاوى المسئولية هو وجود قرار ادارى ، بغض النظر عن شخصية المدعى عليه ، أى يستوى فى ذلك أن تكون الدعوى موجهة من الدولة ضد الأفراد أو العكس . ومن قضاء مجلس الدولة المصرى فى هذا الخصوص ، حكم محكمة القضاء الادارى الصادر فى ٩ مارس سنة ١٩٥٨ ، حيث ترد على الدفع الذى أبدى أمامها بعدم اختصاصها فيما يتعلق باختصام أحد الأفراد بجانب الدولة فى الدعوى المرفوعة بطلب تعويض عن قرار ادارى بقولها : «جاء نص القانون (مجلس الدولة) مطلقا فى هذا الشأن ، فلم يقصره (الاختصاص) على طلبات التعويض التى توجه للحكومة ، فلا وجه لتقييده اذ القاعدة أن المطلق يجرى على اطلاقه مادام أن ليس ثمة نص يقيده ، وعلى ذلك فإن القضاء الادارى يختص بنظر طلبات التعويض متى كانت الدعوى مؤسسة على قرار ادارى باطل لمخالفته للقانون» أيا كان المدعى عليه ، سواء أكانت الحكومة أو غيرها . ومن ثم فلاوجه لما يقوله المدعى عليه الخامس فى مذكرته من أن نظام مجلس الدولة قد بنى على أن تكون الحكومة دائما مدعى عليها ، وهى وحدها التى يصح مقاضاتها أمام مجلس الدولة عن قراراتها ، فهذا القول لا سند له من قوانين مجلس الدولة ، فما أكثر الطعون التى رفعتها الحكومة عن القرارات الصادرة من اللجان القضائية .... وما أكثر قضايا العقود الادارية التى رفعتها وترفعها الحكومة ضد الأفراد أمام القضاء الادارى»[2] .

---

(١) محكمة القضاء الادارى فى ٧ نوفمبر سنة ١٩٥٤ س ٩ ص ١٢ .

(٢) محكمة القضاء الادارى فى ٩ مارس سنة ١٩٥٨ - المجموعة السنتان ١٢ و ١٣ - ص ٨٦ .

المبحث الثانى

بعض القواعد الجوهرية فى تفسير العقود

ونشير اليها فيما يلى :

القاعدة الأولى :

«لجهة الادارة منح المورد المتأخر مهلة اضافية للتوريد مع توقيع غرامة التأخير ، هو طبقا لنصوص لائحة المناقصات والمزايدات ، ومنح هذه المهلة للمورد المتأخر يكون اذا ما أبقت عليه جهة الادارة استنهاضا لهمته وحثا له على القيام بسرعة التوريد» .

القاعدة الثانية :

«قيام الادارة بالشراء على حساب المتعهد لا يؤدى الى انهاء الرابطة التعاقدية بين الطرفين مادامت الادارة لم تلجأ الى الاجراء الآخر بانهاء التعاقد مع مصادرة التأمين» .

القاعدة الثالثة :

سلطة الادارة فى الرقابة والتوجيه وانهاء العقد للصالح العام ، واضافة شروط جديدة لصالح المرفق العام :

«الفكرة التى تحكم الروابط الناشئة عن العقد الادارى أن للادارة سلطة الاشراف والتوجيه على تنفيذ العقد ، وأن لها دائما حق تغيير أو تعديل شروط العقد واضافة شروط جديدة بما قد يتراءى لها أنه أكثر اتفاقا مع الصالح العام دون أن يتحدى الطرف الآخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين ... كما يترتب عليها كذلك أن للادارة دائما سلطة انهاء العقد اذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام ، وليس للطرف الآخر الا الحق فى التعويضات ان كان لها وجه ، وهذا على خلاف الأصل فى العقود المدنية التى يجوز أن يستقل أحد الطرفين بفسخها أو انهائها دون ارادة الطرف الآخر»[1] ، وأن «العلاقة التعاقدية فى العقود الادارية

---

(١) محكمة القضاء الادارى فى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥١ (المجموعة س ٦ ص ٣١٤) . أنظر أيضا حكمها فى ٢ يونيو سنة ١٩٥٣ (المجموعة س ٧ ص ١٣٩٧) ، وفى ١٦ يونيو سنة ١٩٥٣ (المجموعة س ٧ ص ١٥٦٣) ، وفى ديسمبر سنة ١٩٥٣ (المجموعة س ٨ ص ٢١٩) ، وفى ٨ مارس سنة ١٩٥٤ (المجموعة س ٨ ص ٨٨٠) .

لا تستند الى شروط هذه العقود فقط ، وانما أيضا الى القواعد القانونية والتنظيمية الخاصة بالمرفق العام[1] .

★ ومن جهة أخرى أقرت أحكام محكمة القضاء الادارى حق المتعاقد مع الادارة فى المطالبة بتعويض على أثر تعديل نصوص العقد ، أو زيادة الالتزامات الملقاه على عاتقه والتى لم ينص عليها العقد ، ان كان لهذا التعويض وجه ، على أنه اذا تجاوزت الالتزامات الجديدة الملقاه على عاتق المتعاقد مع الادارة الحد المعقول فى نوعها وفى أهميتها ، جاز له الامتناع عن تنفيذها ، أو المطالبة بفسخ العقد ، وكل ذلك تحت رقابة القضاء الذى له أن يقدر اذا كان الامتناع عن التنفيذ أو طلب الفسخ له ما يبرره[2] .

القاعدة الرابعة :

مدى تفسير الشروط التى تضمن امتيازات للادارة ولا يمكن أن يتمتع بها المتعاقد الآخر :

هذه الامتيازات فى مجال شروط العقد ، هى أبرز ما يميز العقود الادارية ، اذ بمقتضاها تستطيع الادارة أن تحمل المتعاقد معها ، وبارادتها المنفردة ، التزامات تجعل موقف المتعاقدين فى العقود الادارية غير متكافىء فمنذ الخطوات الأولى فى ابرام العقود الادارية يتجلى هذا الاخلال بقاعدة مساواة المتعاقدين . فالفرد الذى يتقدم بقصد التعاقد فى مناقصة أو مزايدة علمة يلتزم بمجرد تقدمه ، أما الادارة فلا تلتزم الا فى وقت متأخر ، وقد لا تلتزم اطلاقا كما سنرى فيما بعد . وفى بعض العقود قد تشترط الادارة شروطا «من قبيل شروط الأسد» فى القانون الخاص ففى حين يلتزم الأفراد بمجرد التعاقد ، فان الادارة قد لا تلتزم بشىء اطلاقا ، بل وقد تحتفظ بحقها فى التحرر من العقد كلية ، كما هو الشأن فى عقد طلب تقديم المعاونة فى مشروع عام على التفصيل الذى سوف نعرض له فى موضعه . وتتجلى تلك الشروط فى تنفيذ العقد على وجه الخصوص ، فالادارة تضمن عقودها الادارية باستمرار شروطا تحتفظ لنفسها بمقتضاها بالحق فى تعديل التزامات المتعاقد معها سواء بالنقص أو

---

(١) محكمة القضاء الادارى فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٢ (المجموعة س ٧ ص ٧٦) .

(٢) محكمة القضاء الادارى فى ١٥ فبراير سنة ١٩٥٤ (المجموعة س ٨ ص ٦٨٣) . وكان الموضوع متعلقا بتكليف المتعهد بتوريد أغذية الى مدارس غير واردة بكشف شروط المناقصة ، وذلك بعد اتمام المناقصة .

بالزيادة ، وبسلطة التدخل للاشراف على تنفيذ العقد ، وتغيير طريقة التنفيذ ، ووقف التنفيذ مؤقتا ، وفسخ العقد أو انهائه ، بارادتها المنفردة دون حاجة لرضاء الطرف الآخر طالما كان هناك سبب يسوغ ذلك[1] . وأخيرا فإن من تلك الشروط ما يخول الادارة حق توقيع عقوبات على المتعاقد معها في حالة اخلاله بالتزاماته دون حاجة الى وقوع ضرر أو الالتجاء الى القضاء .. الخ .

وهذه الشروط يبررها القضاء الادارى المصرى باستمرار سواء فى قضاء المحكمة الادارية العليا أو محكمة القضاء الادارى وسوف نذكر بعض الأمثلة لهذا القضاء بتوسع واستفاضة .

القاعدة الخامسة :

تخويل المتعاقد مع الادارة سلطات استثنائية فى مواجهة الغير :

ذلك يمعنى أن الادارة تخول المتعاقد معها الحق فى ممارسة بعض مظاهر السلطة التى تمارسها الادارة عادة ، وبالقدر الذى يستلزمه تنفيذ العقد الادارى . وواضح أن مثل هذه الشروط لا نظير لها فى العقود التى تتم فى نطاق القانون الخاص بين الأفراد .

وعلى هذا الأساس كثيرا ما تتضمن عقود امتياز المرافق العامة شروطا تخول الملتزمين حق ممارسة بعض سلطات نزع الملكية ، أو فرض أمور معينة ، كما أن المقابل الذى يتقاضاه الملتزم من المنتفعين – وفقا لبعض الآراء – هو رسم يخضع لأحكام القانون العام وليس أجرا فى مقابل الخدمة ، كما هو الشأن فى عقود القانون الخاص ، ثم أن بعض الشروط التى ترد فى عقد الامتياز فى ممارسة مظاهر السلطة العامة تتسم بصفات تجعلها غير مألوفة فى العقود الخاصة ، مثال ذلك تخويل الملتزم استعمال واستغلال الدومين العام بطريقة تجعله صاحب احتكار فعلى ، فتؤدى تلك الشروط بالتبعية الى تقييد حرية المشروعات المنافسة .

★ وكثيرا ما نجد فى عقود الأشغال العامة شروطا تخول المقاول حق شغل بعض العقارات الخاصة لمدة محدودة دون حاجة لرضاء ملاكها مقدما . وهذا من حقوق السلطة العامة التى تمارسها الادارة عادة وفى بعض العقود الأخرى تخول المتعاقد مع الادارة سلطة الاستيلاء على بعض المنقولات جبرا .

(★) راجع موضوع فسخ العقد تفصيلا بالباب العاشر .

القاعدة السادسة :

أخذ العقود التبعية والتكميلية حكم العقود الادارية المتعلقة بها :

إذا كان العقد محل النزاع تبعيا أو تكميليا للعقد الادارى فإنه يمكن تحديد طبيعته القانونية فى ضوء الضوابط التى تضفى على العقد الأصلى صفته الادارية ، فاذا تصادف وجود عقود تكميلية أو تبعية للعقد الادارى ، فإنها تأخذ صفته الادارية .

وقد استندت المحكمة الادارية العليا الى مبدأين أساسين لتطبيق هذه القاعدة فى حكمها الصادر فى ١٨ مايو سنة ١٩٦٨ .

ولأهمية هذا الحكم نورده فيمايلى :

«أبرمت وزارة التربية والتعليم عقدا مع بعض المؤلفين تنازلوا بمقتضاه عن تأليف كتاب المطالعة للمدارس الاعدادية الجزء الثانى ، وتعهدوا بمراجعة تجارب الكتاب ، وقد حدث أن طبع هذا الكتاب أكثر من مرة ، وفى احداها اختارت الوزارة أحد المؤلفين لمراجعة تجارب الطبعات ، فأخطأ فى الغلاف خطأ ترتب عليه اعادة طبعه ، فرجعت عليه الوزارة بالتكاليف أمام محكمة القضاء الادارى ، فدفع المؤلف بانقضاء العقد بتنفيذه أول مرة ، وأن الخطأ الذى رفعت الدعوى بشأنه ليس خطأ تعاقديا . **وأنه حتى مع التسليم بوجود عقد ، فانه ليس من العقود الادارية ، لأن مراجعة تجارب (أو بروفات) الكتاب لا يحتوى على الشروط الاستثنائية التى يلجأ اليها فى تمييز العقود الادارية . وأقرت محكمة القضاء الادارى الدفع الأول ، وقضت بعدم الاختصاص ، ولكن المحكمة الادارية العليا ألغت حكمها ، وأقرت مبدأين هامين :**

المبدأ الأول :

أن ثمة عقدا غير مكتوب وتقول المحكمة :

من حيث أن العقد غير المكتوب ولئن كان غير مألوف فى المجال الادارى بسبب جنوح الادارة عادة الى اثبات روابطها العقدية بالكتابة ، الا أنه لايزال يؤدى دورا مكملا لبعض أنواع العقود الادارية ، فقد تركن اليه مع بعض المتعاقدين اذا اتفقت معهم على تكميل أغراض التعاقد الأصلى من ناحية من النواحى التى انصب عليها . وهذا الأسلوب التعاقدى يخلق مشكلة التعرف على

طبيعة هذا العقد اذا أعوزه بعض الخصائص التى يتسم بها العقد الادارى كعنصر الشروط الاستثنائية مثلا» .

المبدأ الثانى :

أن صفة العقد الأصلى تمتد الى العقد المكمل : تقول المحكمة :

«ولقد قطع القضاء الادارى الفرنسى فى هذا الصدد بأن هذا العقد المكمل تنصرف اليه طبيعة العقد الأصلى بحكم ارتباطه به ، وتعويله عليه ، واذن فلا حاجة البتة الى استظهار أركان العقد الادارى فيه» .

القاعدة السابعة :

اختصاص القضاء الادارى بالمنازعات المتعلقة بالقرارات الادارية المتصلة بالعقد من ناحية الاذن به أو ابرامه أو اعتماده :

★ ساير القضاء الادارى المصرى القضاء الفرنسى فى ضرورة حماية الغير ممن قد تصاب مصالحهم بالضرر من جراء القرارات الادارية المتصلة بالعقد ، وحيث أن هؤلاء لا يملكون دعاوى العقد فقد قررت محكمة القضاء الادارى أن من العمليات التى تباشرها الادارة ما قد يكون مركبا ، له جانب تعاقدى بحيث يختص به مجلس الدولة بهيئة قضاء ادارى ، نظرا لأن الادارة تسير فيه على مقتضى النظام الادارى المقرر لذلك ، فتصدر بهذا الخصوص قرارات من جانب واحد تتوافر فيها جميع خصائص القرارات الادارية وتتصل بالعقد من ناحية الاذن به أو ابرامه أو اعتماده . فتختص محكمة القضاء الادارى بطلب الغاء هذه القرارات اذا وقعت مخالفة للقوانين أو اللوائح . وذلك دون أن يكون لالغائها مساس بذات العقد الذى يظل قائما بحاله الى أن تفصل المحكمة المختصة فى المنازعة المتعلقة به[1] ثم أكدت المحكمة هذا المبدأ مرة أخرى فيما قضت به من أن القرار الذى يصدر من جهة الادارة بابرام عقد من العقود يمثل افصاح الادارة عن ارادتها الملزمة أثناء قيامها بأداء وظائفها المقررة لها قانونا بقصد احداث أثر قانونى ، وبتحليل العملية القانونية التى تنتهى بابرام العقد الى الأجزاء المكونة له ، يتضح أن القرارات السابقة أو اللاحقة على العقد ، كوضع

---

(١) محكمة القضاء الادارى ١٩٤٦/١١/٢٥ – فى الدعوى رقم ١٣٣ لسنة ١ ق – مجموعة أحكام المجلس – السنة الثانية ص ١٠٤ .

الادارة لشروط المناقصة أو المزايدة ، وقرارات لجنة فحص العطاءات وقرارات لجنة البت ، والقرارات بارساء المناقصة أو المزايدة هى بغير منازع قرارات ادارية منفصلة عن العقد ، ومن ثم يجوز الطعن فيها بالالغاء لسبب تجاوز السلطة[1] .

القاعدة الثامنة :

تفسير محكمة القضاء الادارى لاختصاص لجنة البت فى مفاوضة أصحاب العطاء الأقل :

يجوز للجنة البت مفاوضة مقدم العطاء الأقل المقترن بتحفظ أو بتحفظات للنزول عن كل تحفظاته أو بعضها بما يجعل عطاءه متفقا مع شروط المناقصة بقدر الامكان ، كما يجوز للجنة البت مفاوضة صاحب العطاء الأقل المقترن بتحفظات للنزول بسعره الى مستوى أسعار السوق .

ونظرا لما يثيره موضوع الحالتين المشار اليهما من خلافات فى التفسير فى الكثير من المنازعات القضائية ، فاننا نجد من المفيد عرض التفسير القضائى فى الكثير من المنازعات القضائية ، التى ذهبت اليها محكمة القضاء الادارى ، لما يتسم به من جلاء ووضوح .

فقد فسرت محكمة القضاء الادارى[2] حالتى المفاوضة المشار اليهما فيما سبق فى ظل القانون الملغى بما يستبعد حق الادارة فى مناقشة الأسعار المقدمة ، حيث قضت بمايلى :

«ومن حيث أنه يبين من النص سالف الذكر (المادة ٤ من القانون ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤) أن المفاوضة مع مقدمى العطاءات تتم فى حالتين :

الأولى : حالة ما اذا كان العطاء الأقل مقترنا بتحفظ أو تحفظات وكان أقل عطاء غير مقترن بشىء من ذلك تزيد قيمته الرقمية كثيرا على العطاء المقترن بتحفظات .

---

(١) محكمة القضاء الادارى – بتاريخ ١٩٥٦/١/٢٥ فى الدعوى رقم ٣٤ لسنة ٧ ق – مجموعة الأحكام – السنة العاشرة – ص ١٣٥ .

(٢) محكمة القضاء الادارى : حكمها فى القضية رقم ١٧٥٣ سنة ١٠ قضائية – جلسة ٢٨ ابريل سنة ١٩٥٧ م .

الثانية : حالة ما اذا كانت العطاءات كلها مقترنة بتحفظات أو كانت كلها غير مقترنة بشىء منها وكان العطاء الأقل يزيد على القيمة السوقية فيتقرر الغاء المناقصة لهذا السبب» .

وجاء بحيثيات الحكم مايلى :

«ومن حيث أنه مما يجب التنبيه اليه بادىء ذى بدء أن المفاوضة مع مقدمى العطاء لا يمكن أن تحصل الا بالنسبة للتحفظات الواردة على شروط المناقصة ، وأنها لا يمكن أن تتناول فئات الأسعار ، اذ أن الأخذ بفكرة المفاوضات فى فئات الإسعار لا يتفق والقانون ، فضلا عما ينطوى عليه من اضافة حكم لم يرد به ، ومجافاته للمبادىء العامة للمناقصات التى تقوم أصلا على المفاوضات بين العطاءات وارساء المناقصة على مقدمى أقل عطاء ، وبذلك تتهيأ الفرصة لجميع المشتركين فى المناقصة ليتساوا فى المعاملة .

والمقصود بالمساواة كفالة حق التقدم الى المناقصة بالقياس الى جميع من يستوفون الشروط المطلوبة ، وعدم استبعاد عطاءاتهم بقرارات عامة أو فردية أو اعفاء بعض المتنافسين من شروط معينة دون البعض الآخر ، أو اضافة شروط أو حذفها ، أو تعديلها بالنسبة الى بعض المتقدمين الى المناقصة .

ومن ثم يجب أن يكون مفهوما أن ما تضمنته الفقرة الثانية من المادة الرابعة سالفة الذكر من الترخيص للادارة بالتفاوض ولو كانت كل العطاءات غير مقترنة بتحفظات ، مقصود به أن تكون العطاءات كلها - فيما عدا العطاء الأقل - قد وردت خالية من أى تحفظ ، ولذلك تقع المفاوضة مع مقدم أقل عطاء مصحوب بتحفظات فى حدود ما رسمه القانون ، والا لما كان هناك محل لهذه الفقرة كليه به . ولما كان صاحب أقل عطاء - مالم يستبعد - هو فى الأصل صاحب الحق فى ارساء المناقصة عليه، اذا كان عطاؤه مناسبا ، فانه ليس لجهة الادارة أن تترك عطاءه لمجرد أنه مقترن بتحفظات ، ثم تتفاوض مع مقدم العطاء الذى يليه غير المقترن بتحفظات بل تجرى المفاوضة مع صاحب أقل عطاء مقترن بتحفظات لينزل عن كل تحفظاته أو بعضها بما يجعل عطاءه متفقا وشروط المناقصة . ولا ضير فى هذا الاجراء على أصحاب العطاءات الأخرى ، ولا يخل بالمساواة الواجبة بالنسبة اليهم ، كما أن المفاوضة فى هذه الصورة مع مقدم العطاء غير المقترن بتحفظات معناه أن مفاوضته ستكون بقصد تعديل فئات الأسعار وهو أمر غير جائز كما سبق البيان . أما فى حالة ما اذا كانت العطاءات كلها مقترنة بتحفظات فانه يتعين من باب أولى البدء بالمفاوضة

مع صاحب أقل عطاء . فاذا رفض ، فيجوز التفاوض مع من يليه ، بحيث لا تجرى مفاوضة فى التعديل مع صاحب عطاء الا اذا رفض هذا التعديل جميع مقدمى العطاءات الأقل منه ...» .

★ ثم استطردت المحكمة قائلة : « ... لكل مناقص الحق فى أن يضمن عطاءه ما يشاء من تحفظات واشتراطات خاصة تختلف عما تشترطه الادارة ، وهذا الحق مقرر لكل صاحب عطاء ، وقد أشير اليه فى كل من اللائحة والمادة ٤ من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ ... ومتى كان الأمر كذلك فان المفاوضة التى تنتهى الى نزول المناقص عن كل أو بعض تحفظاته – فى الأحوال التى تجوز فيها هذه المفاوضة – وقبول جهة الادارة هذه النتيجة – لا يمكن اعتباره تعديلا لاحقا لأسعار العطاء ... اذ أن المفاوضة لا تتناول فئات الأسعار بالتعديل ، بل تهدف الى جعل العطاء متفقا مع شروط المناقصة بقدر الامكان ، وبما لا يدع مجالا للشك فى أن العطاء موضوع المناقصة هو أصلح العطاءات ...» .

القاعـدة التاسعـة :

اشتراط المقابل فى الهبة لاقامة مشروع ذى نفع عام مثل اقامة مدرسة لا يشترط افراغ العقد فى ورقة رسمية ، وتقديم الأرض أو المبنى وتحمل الادارة بقية التكاليف يخرج العقد عن قواعد الهبة المدنية ويدخله فى نطاق العقود الادارية :

★ لأهمية هذا الحكم بعد حادثة الزلزال التى تبرع الكثيرون من أجل معالجة آثاره بالتبرع للدولة بقطع من الأراضى لانشاء مدارس عليها ، فاننا نورد حيثيات الحكم كاملة فيمايلى :

« وحيث أن مما ينعاه الطاعنون على الحكم المطعون فيه ينافى أسباب الطعن مخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه وفى بيان ذلك يقولون أن مورث المطعون ضدهم أراد المساهمة فى مرفق التعليم فعرض على مديرية التربية والتعليم تقديم المنزل لانشاء مدرسة به فقبلت جهة الادارة عرضه وأنشأت مدرسة زودتها بكافة ما تحتاجه من مدرسين وأثاث ومعامل وأنه لذلك لا يعتبر العقد الصادر من المورث عقد هبة انما هو عقد معاوضة غير مسمى ، للمساهمة والمعاوضة فى مرفق التعليم وهو من العقود الادارية ولايشترط فيه الرسمية لانعقاده . واذ

خالف الحكم هذه النظرة على سند من أن العقد يعتبر عقد هبة لعقار وأنه وقع باطلا لعدم افراغه فى ورقةٍ رسمية ورتب على ذلك قضائه بالريع للمطعون ضدهم فانه يكون معيبا بما يستوجب نقضه .

وحيث أن هذا النعى سديد ، ذلك أنه لما كان من المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة فى تفسير الاقرارات والاتفاقات وسائر المحررات بما تراه أوفى الى نية عاقديها أو أصحاب الشأن فيما تستهديه بوقائع الدعوى وظروفها مادامت لم تخرج فى تفسيرها عن المعنى الذى تحتمله عبارات المحرر وكان ما انتهت اليه من ذلك سائغا ومقبولا وكان من المقرر أيضا أن التكييف القانونى الصحيح لما قصده المتعاقدان وانزال حكم القانون على المحرر هو مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض وكان من المقرر كذلك - وعلى ماجرى به قضاء النقض - أن الهبة التى يشترط فيها المقابل لا تعتبر من التبرعات المحصنة ، وأن التبرع بتقديم عقار لجهة ادارية لاقامة مشروع ذى نفع عام على أن تتحمل الادارة بقيمة النفقات واقامة المشروع لا يعتبر عقد هبة يخضع للأحكام المقررة فى القانون المدنى من وجوب افراغه فى ورقة رسمية وانما يعتبر عقدا اداريا تطبق عليه الأحكام والقواعد الخاصة بالعقود الادارية . لما كان ذلك وكان الاقرار المؤرخ ١٩٦٦/١٢/٥ الصادر من مورث المطعون ضدهم قد تضمن تبرعه بالعقار موضوع التداعى لمديرية التربية والتعليم بالدقهلية لاقامة مدرسة وأن الجهة الادارية قد قبلت ذلك وقامت بتنفيذه وبانشاء المدرسة المتفق عليها فعلا وجهزتها بكافة ما تحتاجه من معدات وأثاث ومعامل وزودتها بالعدد اللازمة لادارتها وتشغيلها من المدرسين والفنيين والاداريين فان هذا التعاقد الذى تم صحيحا بين عاقديه يكون فى حقيقته عقدا من عقود المعاوضة غير المسماة وهو ما جرى الفقه والقضاء الادارى على وصفه بأنه عقد تقديم معاونة أو مساهمة يلتزم بمقتضاه شخص بالمساهمة نقدا أو عينا فى نفقات مرفق عام أو مشروع ذى نفع عام وهو بهذه المثابة لا يعتبر - وعلى ماجرى به قضاء النقض - هبة مدنية فلا تجب له الرسمية ولا يجوز الرجوع فيه وذلك على الرغم مما قد يكون واردا فيه من ألفاظ التبرع أو التنازل أو الهبة اذ أن هذه الألفاظ انما تساق لبيان الباعث وراء هذا التصرف دون أن تؤثر على كيان العقد وحقيقته سالف البيان واذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وانتهى الى أن هذا العقد هو عقد هبة لم تفرغ فى الشكل الرسمى ورتب على ذلك قوله ببطلانه وبأن وضع يد الطاعنين يضحى

تبعا لذلك بغير سند فانه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وتأويله بما يستوجب نقضه لهذا السبب[1] .

القاعدة العاشرة :

مقابل سلطة التعديل تتمثل فى تحقيق التوازن المالى والذى يتركز فى حق المتعاقد فى التعويض :

« اذا كان من المتفق عليه أن للادارة سلطة تعديل بعض نصوص العقد ، فلا يجوز أن يقف المبدأ عند هذا الحد والا اشتملت العقود الادارية على نص مناف للعدالة ، ولما تقدم أحد للتعاقد مع الادارة مادام مهددا بذلك التعديل الذى يزيد من التزاماته . **لذلك تقضى العدالة بضرورة اعادة التوازن المالى الذى أبرم العقد على أساسه ، ذلك بمنح المتعاقد مع الادارة تعويضا عن الأضرار التى تكون لحقته فى مركزه التعاقدى ، على أثر ممارسة سلطة التعديل فان ايثار ضرورات المرفق العام على المصالح الخاصة للمتعاقد مع الادارة ليس معناه التضحية بهذه المصالح بحيث يتحمل المتعاقد مع الادارة وحده جميع الأضرار ، بل يجب أن يتساوى الأفراد فى تحمل الأعباء العامة**»[2] .

ويراعى التمييز بين التعويض فى ظل كل من نظريتى فعل الأمير ، والظروف الطارئة حسبما سبق بيانه .

القاعدة الحادية عشر :

عدم شرعية انهاء العقد بغرض الحصول على جعل أعلى :

استقر القضاء الادارى على أنه لا يحق لجهة الادارة تغيير شروط العقد واضافة شروط جديدة ، وانهاء العقد بغرض الحصول على جعل أعلى لأن ذلك فيه اهدار للثقة فى معاملات الادارة ، ولا يصلح فى ذاته سببا مشروعا للمساس بحقوق الأفراد المكتسبة .

---

(١) الطعن بالنقض رقم ١٢٧٥ لسنة ٤٧ القضائية – جلسة ٢٥ من ديسمبر سنة ١٩٨٤ م .

(٢) محكمة القضاء الادارى فى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥١ (المجموعة س ٦ ص ٣١٤) فى ٢ يونيو سنة ١٩٥٣ (المجموعة س ٧ ص ١٣٩٧) ، وفى ١٦ يونيو سنة ١٩٥٣ (المجموعة س ٧ ص ١٥٦٣) .

★ فقد جاء بحكم محكمة القضاء الادارى فى القضية رقم ٧٣٠ لسنة ٢٣ ق والصادر فى ٦ ديسمبر سنة ١٩٧٠ مايلى :

«من الواضح أن الدافع لادارة السكك الحديدية فى انهاء العقد المؤرخ ١٩٦٧/٧/١ وطرح موضوعه فى مزايدة جديدة ، انما يتمثل فى رغبتها فى الحصول على جعل أعلى من الجعل القديم ، وهذا فضلا عما فيه من اهدار للثقة فى معاملاتها ، وزعزعة للايمان بعدالتها ونزاهتها لا يصلح فى ذلك سببا مشروعا ، يبرر لها الافتئات على مصالح الأفراد والمساس بحقوقهم المكتسبة ...»[1] .

القاعدة الثانية عشر :

تنفيذ العقد بما يتفق مع ما يوجبه حسن النية المشتركة للمتعاقدى :

قضت المحكمة الادارية العليا بأنه «اذا كانت العقود الادارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذى يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على المصلحة الخاصة – فان العقود على وجه العموم تخضع لأصل عام من أصول القانون ، وهو ذلك الذى يقضى بأن يكون تنفيذها متفقا مع ما يوجبه حسن النية ، وأن هذا الأصل يطبق فى العقود الادارية شأنها فى ذلك شأن العقود المدنية»[2] .

القاعدة الثالثة عشر :

اشتراط قيام المتعاقد بنفسه بتنفيذ التزامه التعاقدى :

من قواعد التفسير الصحيح أنه لا يجوز التنازل للغير أو التعاقد من الباطن على التنفيذ فيشترط قيام المتعاقد بالتنفيذ بنفسه وعدم جواز التنازل للغير ، أو التعاقد معه من الباطن فى هذا الشأن الا بموافقة جهة الادارة وأن مخالفة ذلك الأمر يؤدى الى اعتبار التنازل باطلا ، فلا يحتج به فى مواجهتها بل يبقى المتعاقد الأصلى مسئولا شخصيا عن تنفيذ العقد أمامها .

---

(١) المكتب الفنى – مجموعة المبادىء القانونية التى قررتها محكمة القضاء الادارى «هيئة العقود والتعويضات» من أول أكتوبر سنة ١٩٧٠ الى آخر سبتمبر ١٩٧١ – الناشر : الشركة المصرية للطباعة والنصر – ص ١٧٥ .

(٢) مشار الى هذا الحكم بمؤلف الدكتور/ شمس مرغنى «التحكيم فى منازعات المشروع العام» س ١٩٧٤ – ص ٣٠٩ – ٣١٠ .

★ مفاد ما تقدم أن التزامات المتعاقد مع الادارة هى التزامات شخصية ، وقد نص على ذلك فى المادة (٨٣) من قرار وزير المالية رقم (٥٤٢) لسنة ١٩٥٧ الصادر بلائحة المناقصات والمزايدات قبل تعديلها بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ . كذلك يحق للادارة فى حالة تقصير المتعاقد معها تقصيرا جسيما أن تقوم بالتنفيذ على حسابه أو انهاء العقد ، فالعبرة فى استخلاص ارادة الادارة لا تقوم على أساس المعنى الحرفى لقرارها ، بل يجب الاعتداد بالآثار التى رتبتها الادارة على تصرفها عما قصدته فى الحقيقة . فمثلا اذا عبرت الادارة عن تصرفها فى بعض الأوراق بعبارة «الغاء العقد واعادة تأجير المقصف على حساب المدعى عليه» فهذا يعنى التنفيذ على حسابه ، مادامت قد اجتزأت الآثار التى تترتب على التنفيذ على حسابه . كما يجب انطواء عقد التوريد على حسن النية ، فلا يعوق التنفيذ أن يبرر الاخلال بشروط العقد ، أو التحلل من الالتزامات الناشئة عنه ، مجرد الخلاف على بعض الأمور أو على تفسير بعض الشروط اذا كان الخلاف يدور حول فروق مالية . ونضرب لذلك مثلا فى أنه اذا تأخر استصدار اذن الاستيراد اللازم فإن ذلك لا يبرر فسخ العقد من جانب المتعهد ، سيما اذا قامت الادارة بواجب التيسير وصدر الاذن فعلا - وهذا الفسخ إن تم يجعل التأمين المدفوع من تلقاء نفسه من حق الادارة طبقا لنصوص العقد(١) .

القاعدة الرابعة عشر :

أثر التدليس والغش المفسد للرضا على المتعاقد فى ظل أحكام القانون المدنى :

نص القانون المدنى القديم على أن «التدليس موجب لعدم صحة الرضا اذا كان رضا أحد المتعاقدين مترتبا على الحيل المستعملة له من المتعاقد الآخر بحيث لولاها لما رضى» . والنص الفرنسى لهذه المادة لم ترد فيه عبارة «من المتعاقد الآخر» ، ولكن النص العربى المذكور مطابق لنص الفقرة الأولى من المادة ١١١٦ من القانون الفرنسى .

ويجب لوجود التدليس أن يحصل بواسطة استعمال حيل . والقاضى هو الذى

---

(١) مجموعة المبادىء القانونية التى قررتها المحكمة الادارية العليا - السنة التاسعة - العدد الثالث - أول يونية سنة ١٩٦٤ - ص ٢٢ ، ٢٣ فهرس .

يبحث في كل حالة على حدتها لمعرفة أن كان أحد العاقدين استعمل مع الآخر طرقا خدعه بها بحيث لولاها لما تعاقد معه ذلك الآخر .

ويجب أن تكون الحيل المستعملة عملت بنية سيئة ، ونفس كلمة «تدليس» تدل على أنه حاصل بقصد سيىء ، أى بقصد غش الغير .

ويجب أن يكون أنه لولاه الغش لما حصل العقد ، والمحكمة هى التى تقدر ذلك على حسب الأحوال .

ويجب أن يكون التدليس واقعا من المتعاقد الآخر كما تقدم ، وقد نصت على ذلك صراحة لمادة ١١١٦ فرنسي ، وذكر ذلك فى القانون المدنى القديم .

والتدليس الواقع من وكيل أحد العاقدين أو ممثله يعتبر فى حكم التدليس الواقع من نفس الأصيل .

وان كان العاقدون أكثر من اثنين واستعمل أحدهم وحده الغش على آخر منهم ، ولم يكن للباقين دخل فى التدليس ، فإنه لا يمكن ابطال العقد اذا كان ابطاله يضر بالعاقدين الذين ليس لهم دخل فى التدليس . فاذا رضى شخص بعقد شركة بناء على تدليس وقع من أحد الشركاء وحده وبغير علم الباقين لا يجوز له أن يطلب ابطال العقد ، وانما يجوز طلب تعويض ممن صدر منه الغش .

القاعدة الخامسة عشر :

سلطة التعديل فى عقد الامتياز :

قضت محكمة القضاء الادارى فى حكمها الصادر في ٢٧ يناير سنة ١٩٥٧ بمايلى :

«اذا كان فى مجال عقود الامتياز كما هو الشأن فى سائر العقود الادارية يجب أن تقف سلطة الادارة فى التعديل عند الحدود المعقولة والتى يتحملها المتعاقد ، وتستهدف الادارة من التعديل صالح المرفق الذى يدار عن طريق الامتياز ، ولكنها اذا استهدفت مضايقة الملتزم حتى ينزل عن الالتزام لكى تتولى السلطة العامة ادارته بنفسها ، أو لتحل محل الملتزم الأول ملتزما جديد بشروط أكثر نفعا للادارة ، فإن تصرفها يغدو مشوبا بعيب الانحراف بالسلطة (أحكام مستقرة) .

القاعدة السادسة عشر :

تفسير سلطة التعديل فى عقود الأشغال العامة :

«عقود الأشغال العامة تتمتع فيها الادارة بسلطة واسعة فيما يتعلق بكل من الرقابة والتعديل ، وفى هذا العقد كما هو الحال فى عقد الامتياز تتولى دفاتر الشروط ونصوص العقد تفصيل سلطة الادارة فى الرقابة والتعديل ، ولكن المسلم به أن تلك الشروط والنصوص كاشفة ومنظمة لا منشئة – ومن هنا يبرر محل العقد سلطات الادارة الخطيرة لصلة الأعمال محل العقد بالمرفق العام»[1] .

وفى هذا تقول محكمة القضاء الادارى مايلى :

« .... وسلطة التعديل وان كانت تشمل جميع العقود الادارية بمافيها عقود الأشغال العامة ، فانها تبدو من أبرز مظاهر سلطة الادارة فى التعديل .

القاعدة السابعة عشر :

تفسير المحكمة الادارية العليا للنص المتعلق بحق الادارة فى زيادة كميات الأعمال فى عقد الأشغال العامة دون أن يكون للمتعهد أو المقاول الحق فى المطالبة بالتعويض اكتفاء بحقه المطالبة بما يقوم به بنفس الأسعار .

★ أن هذا الموضوع له أهمية كبيرة فى مجال التطبيق العملى لكثرة شيوعه فى المنازعات الادارية – ولهذا نورد التفسير الذى انتهت اليه المحكمة الادارية العليا فى الطعن الذى حكم فيه فى ٢٥ مارس سنة ١٩٧٨ حيث تقول :

«اذا نص عقد الأشغال العامة على حق الادارة فى زيادة كميات الأعمال بنسب معينة دون أن يكون للمتعهد أو للمقاول الحق فى المطالبة بأى تعويض عن ذلك ، فليس معنى هذا حرمانه من الحصول على قيمة ما يقوم به من تلك الأعمال ، والا كان معنى ذلك اثراء جهة الادارة المتعاقدة على حساب المقاول دون سبب ، وكل ما يؤدى اليه تفسير هذا النص هو الزام المقاول بأداء تلك الأعمال بنفس الأسعار التى تم الاتفاق عليها أصلا فى العقد ، وعدم حقه فى المطالبة بأى تعويض اضافى عن هذه الزيادة ، وكل ذلك مشروط بأن توفى الادارة من جانبها بالالتزامات التى يفرضها العقد عليها . فاذا ما أخلت بالتزاماتها فى هذا الشأن كان المقاول على حق

---

(١) محكمة القضاء الادارى فى ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ م .

فى طلب المحاسبة عن تلك الأعمال على أساس ما تحمله فعلا ، فضلا عن المطالبة بتعويض الأضرار التى تكبدها بسبب خطأ الادارة .

وتتلخص وافعات الطعن فى أن العقد كان ينص على أن تورد الادارة للمتعاقد كمية الحديد اللازمة للأشغال العامة بالسعر المتفق عليه ، ولكن عند طلب الكميات الزائدة لمواجهة زيادة كميات الأعمال لم تورد الادارة للمقاول كميات الحديد اللازمة مما اضطره لشرائها بسعر السوق ، فقضى له الحكم الطعين بالتعويض على أساس فرق السعر مع الأرباح القانونية .

القاعدة الثامنة عشر :

مدى مشروعية حق الادارة فى تعديل العقد بمعرفة السلطة المختصة بالتعديل :

استقرت أحكام القضاء الفرنسى والمصرى على أنه فى الحالات التى يجوز للادارة فيها أن تعدل من شروط العقد الادارى يجب عليها أن تحترم فى اجراء هذا التعديل القواعد العامة للمشروعية الشكلية والموضوعية ، فيصدر التعديل من السلطة المختصة باجرائه وفقا للاجراءات الشكلية المقررة مع احترام المشروعية الموضوعية باحترام القانون واللوائح بحيث يكون للمتعاقد أن يتمسك ببطلان كل تعديل مخالف لهذه القواعد (قضاء مستقر)(١) .

---

(١) جدير بالاحاطة أننا نرى أن تعديل الادارة للعقود الادارية يخضع لمبدأ المشروعية الشكلية من حيث الأداه التى تقوم بالتعديل ، وللمشروعية الموضوعية بما تقوم عليه من معنى خضوع الدولة للقانون ، وينطبق هذا الحكم على جميع تصرفات الدولة وما يتفرع عنها من أجهزة ادارية ، فمبدأ المشروعية يحكم القرارات التنظيمية العامة ، والقرارات الفردية الخاصة ، فضلا عن اتساعه ليحكم التصرفات الاتفاقية ومنها العقود الادارية .

وجدير بالذكر أنه اذا خرجت الادارة المتعاقدة عن مبدأ المشروعية متعلله بالسلطة التقديرية ، فانها بدورها تخضع لرقابة السلطة القضائية ، وذلك لأن السلطة التقديرية طبقا لأحكام المحكمة الادارية العليا هى سلطة ملاءمة لتحقيق الصالح العام وليست سلطة تعسفية أو تحكمية ، وتجد حدها فى احترام المشروعية .

ولهذا فللقضاء الادارى مراقبة سلطة الادارة فى التعديل للتحقق من أن ما تجريه من تعديل العقد يكون لازما لتحقيق العدالة ولحسن سير المرافق العامة حسبما سبق بيانه .

الفصــل الثانى

بعض قواعد تفسير الأحكام فى ظل القضاء الادارى وقضاء محكمة النقض وطلب تفسير الحكم

المبحث الأول

قواعد تفسير الأحكام

القاعدة الأولى :

فى مجال تفسير الأحكام الصادرة فى منازعات العقود الادارية يمكن تطبيق القواعد القانونية العامة الواردة بقانون المرافعات والتى تقرر الأصل المتفق عليه وهو أن «حجية الأمر المقضى به» تثبت لمنطوق الحكم دون أسبابه ، الا أن الأسباب قد تكون لها هذه الحجية اذا ارتبطت ارتباطا وثيقا بالمنطوق ، بحيث لا يقوم المنطوق بغير هذه الأسباب ، ومن ثم فان هذه الأسباب تحوز ذات الحجية التى يحوزها المنطوق ، وعلى هذا المقتضى ، فان منطوق الحكم مرتبطا بأسبابه يكون محلا للتفسير السليم[1] .

★ وجدير بالإحاطة أننا نقصد بقواعد تفسير الأحكام تلك القواعد التى يجب أن لا ينحرف الحكم عنها لإتصالها بقواعد العدالة والمشروعية .

القاعدة الثانية :

من قواعد التفسير أن الغلط الذى من شأنه أن يعيب الارادة ويؤثر فى صحة العقد ويجيز للمتعاقد الذى وقع فيه أن يطلب ابطال العقد بسببه ، يشترط فيه طبقا لحكم المادتين ١٢٠ ، ١٢١ من القانون المدنى أن يكون جوهريا ، ويكون كذلك اذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن ابرام العقد لو لم يقع فى هذا الغلط ، ويعتبر الغلط جوهريا اذا وقع فى صفة جوهرية للشىء فى نظر المتعاقدين ، ويجب اعتبار الأمر كذلك لما يلابس العقد من ظروف تقدر بقدرها ، ولما ينبغى فى التعامل من توافر حسن النية فاذا لم يكن ثمة غلط فى الصفة الجوهرية التى كانت محلّ اعتبار المتعاقدين فى الشىء وكانت ذاتية هذا

---

(١) المحكمة الادارية العليا : الطعن رقم ١١٦٢ س ٣١ ق .

الشيء معروفة للمتعاقدين عند التعاقد على وجه محقق ، وتوافقت إرادة الطرفين على قبوله ، وهما على بينة من حقيقته فانه لا يجوز ابطال العقد بسبب هذا الغلط[1] وجدير بالحكم أن يعتد بذلك .

★ أما الشرط الثانى الذى يتوافر الغلط به فهو أن يتصل هذا الغلط الجوهرى بالمتعاقد الآخر فلا يستقل به أحد المتعاقدين . وأحكام الغلط التى أوردها القانون المدنى على هذا النحو لا تتعارض مع الأسس العامة للعقود الادارية ومن ثم يتعين الأخذ بها[2] .

القاعدة الثالثة :

تفسير مدى ضمان صلاحية البناء فى عقود الأشغال العامة :

وبالنسبة الى تعاقد المقاول مع الدولة للقيام بانشاء أبنية لازمة لها ، مثل اقامة المدارس الحكومية ، فان المقاول والمهندس يعتبران مسئولان عن صلاحيتها أمام الادارة مدة عشر سنين ، واغفال هذا النص فى عقد الاشغال العامة لا يخلى مسئوليتهما .

وفى ذلك تقول المحكمة الادارية العليا :

«مدة ضمان المقاول لما يقيمه من مبانى أو منشآت هى عشر سنوات تبدأ من تاريخ تسليمه العمل الذى قام بتنفيذه الى صاحبه – لا عبرة فى هذا المجال بتاريخ التسليم المؤقت الذى يسبق المعاينة الأخيرة التى يعقبها التسليم النهائى .... ، ونتيجة لذلك فان التسليم المؤقت لا يخل بضمان المقاول الذى يبدأ من تاريخ التسليم النهائى»[3] .

★ ومن وجهة نظرنا نرى أن مدة الضمان غير كافية لاخلاء مسئولية كل من المقاول والمهندس وذلك على سند من أن العمر الافتراضى للعقار لاينتهى بمضى مدة العشر سنوات – ولذلك نرى تعديل القانون بامتداد المسئولية لمدة تزيد عن العشر سنوات التى ينص عليها القانون .

---

(١) جدير بالذكر أن المادة (١٢٢) مدنى تنص على مايلى : «يكون العقد قابلا للابطال لغلط فى القانون اذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع طبقا للمادتين السابقتين ، هذا مالم يقض القانون بغيره» .

(٢) المحكمة الادارية العليا : ٨٨٢ – ١٠ (١٩٦٨/٣/٢) ٦٢٥/٨٣/١٣ .

(٣) المحكمة الادارية العليا : الطعنان رقما ٤٤٥ ، ٦٠٤ لسنة ٢٧ القضائية .

القاعدة الرابعة :

لمحكمة الموضوع أن تفسر الأحكام التى يحتج بها لديها تفسيرها لسائر المستندات التى تقدم لها فتأخذ بما تراه مقصودا منها - بشرط أن تبين فى أسباب حكمها الاعتبارات المؤدية الى وجهة نظرها[1] .

★ ونكتفى بذكر هذه القاعدة لوضوحها .

القاعدة الخامسة :

سلطة قاضى الموضوع فى تفسير الأحكام المقدمة له كمستندات فى الدعوى هى كسلطته فى تفسير العقود والأوراق الأخرى ، سلطة تامة لاتراقبه فيها محكمة النقض ، فله أن يفسرها على أى وجه تحتمله ألفاظها وأن لا يلتزم معناها الظاهر المتبادر للفهم مادام أنه يبنى تفسيره على اعتبارات معقولة مسوغه لعدوله عن هذا المعنى الظاهر الى المعنى الذى رآه هو مقصودا منها[2] .

★ ونكتفى بذكر هذه القاعدة لوضوحها .

القاعدة السادسة :

ان سلطة محكمة الموضوع فى تفسير الأحكام التى يحتج بها لديها هى السلطة المخولة لها فى تفسير سائر المستندات التى تقدم لها فللقاضى - اذا ما استند أمامه الى حكم - أن يأخذ بالتفسير الذى يراه مقصودا منه ، وليس عليه الا أن يبين فى أسباب حكمه الاعتبارات التى استند اليها فى التفسير الذى ذهب اليه[3] .

القاعدة السابعة :

الحكم التفسيرى يعتبر جزء متمما للحكم الذى يفسره وليس حكما مستقلا ، فما يسرى على الحكم المفسر من قواعد الطعن بالطرق العادية أو غير العادية يسرى عليه ، سواء أكان هو فى تفسيره قد مس الحكم المفسر بنقص أو بزيادة أو بتعديل فيما قضى به معتديا بذلك على قوة الشىء المحكوم فيه ، أم كان لم يمسه بأى تغيير مكتفيا بتوضيح ما أبهم منه .

---

(١) الطعن بالنقض رقم ٥٤ - سنة ٢ ق - جلسة ١٩٣٢/١١/٢٤ .
(٢) الطعن بالنقض رقم ٤٩ - سنة ٢ ق - جلسة ١٩٣٢/١٢/١ .
(٣) الطعن بالنقض رقم ٣ - سنة ٨ ق ع جلسة ١٩٨٣/٦/٩ .

وتقول المحكمة :

إن الحكم التفسيرى الذى يزيد أو ينقص فيما قضى به الحكم المفسر يجوز الطعن فيه بطريق النقض من جهة أنه خالف القانون باعتدائه على قوة الشىء المحكوم فيه وذلك اذا كان الحكم المفسر صادرا من محاكم الاستئناف طبقا للمادة التاسعة من قانون النقض . وأما اذا كان الحكم المفسر صادر من المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية فانه طبقا للمادة العاشرة من هذا القانون ، لا يجوز الطعن فيه ، ولا فى الحكم التفسيرى تبعا له بطريق النقض الا اذا كان صادرا فى قضية وضع يد ، أو فى مسألة اختصاص وكان مبنيا على مخالفة للقانون أو خطأ فى تطبيقه أو تأويله ، وعلى ذلك فلا يقبل الطعن فى الحكم الصادر من المحكمة الإبتدائية بهيئة استئنافية تفسيرا للحكم الصادر منها بتعيين حارس قضائى بمقولة أنه جاء على خلافه ومس قوة الشىء المحكوم فيه[1] .

القاعدة الثامنة :

لما كان الحكم المطلوب تفسيره قد قضى بوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه حتى يفصل فى الطعن وكان هذا الحكم لا يشوبه غموض ولا ابهام فهو بحسب صريح لفظه وواضح مدلوله انما يسرى على مالم يكن قد تم قبل صدوره من اجراءات للتنفيذ ، لأن ماتم لا يتصور وقفه ، ولأن الشارع انما قصد بالمادة (٤٢٧) مرافعات قديم تفادى الضرر قبل وقوعه ولا يمكن الغاء ما تم من التنفيذ الا بنقض الحكم المطعون فيه ، وهذا يختلف تماما عن حكم وقف التنفيذ موضوعا وسببا وأثرا ، لما كان ذلك ، فان طلب التفسير يكون غير مقبول[2] .

ونكتفى بذكر هذه القاعدة لوضوحها ،

القاعدة التاسعة :

متى كان الحكم المطلوب تفسيره واضحا لا يحتاج الى تفسير ويفيد بجلاء أن المحكمة لم تر اجابة طلب معين ورفضته ، وكان الحكم المطعون فيه قد فسر الحكم السابق بأنه لم يرفض الطلب المذكور ، بل قبله فان المحكمة تكون قد جاوزت سلطتها فى التفسير وأخطأت فى تطبيق القانون[3] .

(١) الطعن بالنقض رقم ٢٤ لسنة ٣ ق - جلسة ١٩٣٣/١٠/٢٦ .
(٢) الطعن بالنقض رقم ١١٥ لسنة ٢٤ ق - جلسة ١٩٥٤/٥/١٣ .
(٣) الطعن بالنقض رقم ١٨ لسنة ٢٢ ق - جلسة ١٩٥٤/١٢/٢٣ .

★ يلاحظ على ماجاء بالقاعدة الخامسة حيث أن المستقر فى القضاء الادارى حسبما سبق بيانه أنه لايترتب على الطعن وقف تنفيذ الحكم الا اذا أمرت محكمة الطعن بغير ذلك أخذا بقاعدة الأثر غير الواقف للطعن .

القاعدة العاشرة :

الحكم الصادر بالتفسير أو التصحيح يعتبر من كل الوجوه متمما للحكم الذى يفسره أو يصححه فيسرى عليه ما يسرى على الحكم المنكور الذى صدر أولا فى الدعوى[1] .

القاعدة الحادية عشر :

مناط الأخذ بحكم المادة (٣٣٦) مرافعات قديم أن يكون الطلب بتفسير ما وقع فى منطوق الحكم من غموض أو ابهام حتى يمكن الرجوع الى المحكمة التى أصدرته بطلب يقدم لها بالأوضاع المعتادة غير مخدد بموعد يسقط بانقضائه الحق فى تقديمه ، أما اذا كان قضاء الحكم واضحا لا يشوبه غموض ولا ابهام فأنه لا يجوز الرجوع الى المحكمة لتفسير هذا القضاء حتى لا يكون التفسير ذريعة للرجوع عنه والمساس بحجيته وانما يكون السبيل الى ذلك الطعن فيه خلال الميعاد المحدد باحدى طرق الطعن القابل لها[1] .

(ويلاحظ أن المادة ٣٦٦ قديم) تقابل المادة (١٩٢) من القانون ١٣ لسنة ١٩٦٨) .

القاعدة الثانية عشر :

متى كان الحكم قد التزم فى تفسير قضائه الحكم المفسر دون أن يمسه بالتعديل فان النعى عليه يمسخ الحكم المفسر وباهدار حجيته يكون على غير أساس[3] .

القاعدة الثالثة عشر :

ان سلطة محكمة الموضوع فى تفسير الاحكام التى يحتج بها لديها هى وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة كسلطتها فى تفسير سائر المستندات الأخرى التى يقدمها الخصوم فى الدعوى ، فلها اذا احتج أمامها بحكم أن تأخذ بالتفسير الذى تراه مقصودا منه ، دون أن تلتزم عباراته الظاهرة مادامت تبنى تفسيرها على اعتبارات مسوغة[4] .

---

(١) الطعن بالنقض رقم ٥٣٦ لسنة ٢٦ ق - جلسة ١٩٦٢/٦/٢١ س ١٣ ص ١٣٧ .
(٢) الطعن بالنقض رقم ٣٦٦ لسنة ٣٠ ق - جلسة ١٩٦٥/١٢/٢٨ س ١٦ ص ١٣٣٩ .
(٣) الطعن رقم ٣٦٦ لسنة ٣٠ ق - جلسة ١٩٦٥/١٢/٢٨ س ١٦ ص ١٣٣٩ .
(٤) الطعن بالنقض رقم ٣٧ لسنة ٣٤ ق - جلسة ١٩٦٧/٦/١٣ س ١٨ ص ١٢٥٢ .

القاعدة الرابعة عشر :

قضت محكمة النقض بمايلي :

تنص المادة (١/١٩٢) من قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ - المقابلة للمادة (٢٦٦) من قانون المرافعات السابق - على أنه يجوز للخصوم أن يطلبوا الى المحكمة التى أصدرت الحكم تفسير ما وقع فى منطوقه من غموض أو ابهام ، ويقدم الطلب بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى ، والمستفاد من صريح هذا النص - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - أن مناط الأخذ به أن يكون الطلب بتفسير ما وقع فى منطوق الحكم من غموض أو ابهام ، أما اذا كان قضاء الحكم واضحا ، لا يشوبه غموض ولا ابهام ، فانه لا يجوز الرجوع الى المحكمة لتفسير هذا القضاء حتى لا يكون التفسير ذريعة للرجوع عنه وللمساس بحجيته[١] .

القاعدة الخامسة عشر :

استقرت أحكام النقض على أنه لمحكمة الموضوع السلطة فى تفسير العقود ، والاقرارات ، والاتفاقات ، وسائر المحررات :

وفى ذلك تقول المحكمة :

«من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة فى تفسير الاقرارات ، والاتفاقات ، وسائر المحررات ، والعقود ، بما تراه أوفى الى نية المتعاقدين أو أصحاب الشأن فيما تستهديه بوقائع الدعوى وظروفها ، ومادامت لم تخرج فى تفسيرها عن المعنى الذى تحتمله عبارة المحرر ، وكان ما انتهى اليه من ذلك سائغا ومقبولا ، كما أن تفسير العقود يخضع للتكييف القانونى الصحيح طبقا لما قصده المتعاقدان ، وان انزال حكم القانون على المحرر هو مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض»[٢] .

★ ويمكن الاستهداء بهذا الحكم أمام القضاء الادارى لأهميته من الناحية العملية .

---

(١) الطعن بالنقض رقم ١١٤ سنة ٤٠ ق - أحوال شخصية - جلسة ١٩٧٧/٤/١٩ س ٢٣ ص ٧٣٩ .

(٢) الطعن بالنقض رقم ١٢٧٦ لسنة ٤٧ ق - مشار اليه بالاحكام الصادرة من الهيئة المدنية للمواد المدنية - السنة ٣٥ ق - الجزء الثانى من يوليو ١٩٨٤ الى ديسمبر ١٩٨٤ م .

القاعدة السادسة عشر :

طبيعة الحكم بعدم الاختصاص والاحالة :

تتلخص القاعدة فى انصراف الحكم بعدم الاختصاص الولائى لمحاكم القضاء المدنى فى أصل المنازعة وبالحالة التى كانت عليها وقت رفعها ابتداء - مؤدى ذلك ولازمه أن تعود المنازعة مبتدأة بين أطرافها جميعا على النحو الوارد بعريضتها أمام جهة الاختصاص بنظرها قانونا ويعتبر الاختصاص الولائى مطروحا دائما على المحكمة ويجب عليها أن تتصدى له قبل الفصل فى أى دفوع أو أوجه دفاع[١] .

القاعدة السابعة عشر :

حدود سلطة المحكمة فى نطاق التكييف :

وتتلخص القاعدة فى أنه للمحكمة أن تنزل التكييف القانونى الصحيح على الطلبات المقدمة فى الدعوى ويتعين ألا تخوص فى تلك الطلبات على نحو يخرجها عن حقيقة مقصود المدعين[٢] .

القاعدة الثامنة عشر :

الطعن فى الأحكام وسلطة المحكمة الادارية العليا ومدى تقيدها بأسباب الطعن ، وحقها فى التصدى للحكم فى الموضوع :

وتتلخص هذه القاعدة فى أن الطعن أمام المحكمة الادارية العليا لا يغل يدها فى أعمال رقابتها فى وزن الحكم بميزان القانون دون التقيد بالأسباب المبداة بتقرير الطعن دون غيرها،[٣] .

تعليـق :

نضيف الى هذه القاعدة أن المحكمة الادارية العليا هى محكمة وقائع وقانون أى يمكن اعتبارها محكمة استئناف ونقض فى آن واحد ، ومن حقها أن تتصدى للموضوع وتحكم فيه .

---

(١) الطعن رقم ١٢٥٢ لسنة ٣٣ ق - جلسة ٣ من ديسمبر سنة ١٩٨٨ - بند ٣٥ ص ٢٣٤ .

(٢) نفس المرجع السابق ونفس الصفحة سالفة الذكر .

(٣) الطعن رقم ٣١٣٠ لسنة ٢٩ ق - جلسة ٢٨ من يناير سنة ١٩٨٩ بند (٧١) - مشار اليه بالمرجع السابق ص ٤٦٩ .

وذلك بعكس محكمة النقض فهى محكمة قانون فاذا نقضت الحكم فانها تحيل الدعوى الى المحكمة المختصة لتعيد النظر على أساس ماارتأته محكمة النقض - غير أننا نتحفظ اذ نقول : أنه اذا كان الموضوع صالحا للفصل فيه فانها لا تكتفى بنقض الحكم والاحالة بل تتصدى للحكم فى الموضوع ، كذلك من حقها أن تتصدى للموضوع وتفصل فيه اذا كان الطعن للمرة الثانية ورأت المحكمة نقض الحكم المطعون فيه وجب عليها أن تحكم فى الموضوع وذلك طبقا للفقرة الأخيرة من المادة «٢٦٩» من قانون المرافعات (★) .

القاعدة التاسعة عشر :

قيام جهة الادارة بتنفيذ الحكم المطعون فيه يتم درءا لمسئوليتها عن الامتناع عن تنفيذ حكم واجب النفاذ دون أن يتعدى ذلك الى اعتبار ما تم رضاء بالحكم مانعا من الطعن فيه فى مفهوم نص المادة (٢١١) من قانون المرافعات المدنية والتجارية ، مؤدى ذلك أن يصير الدفع بعدم قبول الطعن لقيام جهة الادارة بتنفيذ الحكم المطعون فيه فى غير محله :

وتقول المحكمة :

«ومن حيث أنه عن الدفع بعدم قبول الطعن لقيام الجهة الادارية بتنفيذ الحكم المطعون فيه فان هذا الدفع مردود بأن قيام جهة الادارة بتنفيذ الحكم المطعون فيه انما يتم بالتطبيق لنص الفقرة الأولى من المادة (٥٠) من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ، والتى تنص على أنه «يترتب على الطعن فى الحكم أمام المحكمة الادارية العليا وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه الا اذا أمرت دائرة فحص الطعون بغير ذلك ، ومن ثم فان قيام جهة الادارة والحال هذه بتنفيذ الحكم انما تم درءا لمسئوليتها عن الامتناع عن تنفيذ حكم واجب النفاذ دون أن يتعدى أثر ذلك الى اعتبار ما تم رضاء بالحكم مانعا من الطعن فيه فى مفهوم نص المادة ٢١١ من قانون المرافعات المدنية والتجارية ثم يغدو الدفع فى هذا الشأن غير قائم على صحيح سنده متعين الرفض[1] .

---

(١) الطعن رقم ٢٦١٥ لسنة ٣١ ق - جلسة ٥ من فبراير سنة ١٩٨٩ - بند (٨٠) مشار اليها بالمرجع السابق ص ٥٢٩ .

(★) مما تجدر الإشارة اليه أنه إذا كان الحكم المطعون فيه قد نقض لمخالفة الإختصاص تقتصر المحكمة على الفصل فى مسألة ، الاختصاص وعند الاقتضاء تعين المحكمة المختصة التى يجب التداعى اليها بإجراءات جديدة

المبحث الثانى

طلب تفسير الحكم وتطبيقات قضائية من أحكام النقض وأحكام القضاء الادارى

يقصد بتفسير الحكم ، أن يكون به غموض يستدعى أن يرجع الخصم فى شأنه الى المحكمة لجلاء ما غم فى فهمه ولا ولاية للمحكمة فى تفسير حكم مقدم لها كمستند فى الدعوى .

وفى ذلك تنص المادة (٣٦٦) من قانون المرافعات «القديم» على أنه :

«يجوز للخصوم أن يطلبوا من المحكمة التى أصدرت الحكم تفسير ماوقع فى منطوقه من غموض أو ابهام . ويقدم الطلب بالأوضاع المعتادة لرفع الدعاوى .

وتنص المادة (٣٦٧) من ذات القانون على أنه :

«الحكم الصادر بالتفسير يعتبر من كل الوجوه متمما للحكم الذى يفسره . ويسرى عليه ما يسرى على هذا الحكم من القواعد الخاصة بطرق الطعن العادية وغير العادية» ولا يعتبر الحكم الصادر بالتفسير معدلا للحكم الأول ، بل متمما له ، فاذا جاوزت المحكمة ولايتها من التفسير الى التعديل كان حكمها مخالفا للقانون[١] .

★ ومن المقرر وطبقا لاحكام النقض : أن لمحكمة الموضوع أن تفسر الأحكام التى تقدم اليها فتأخذ بما تراه مقصودا منها بشرط أن تبين فى أسباب حكمها الاعتبارات التى استندت اليها فى التفسير .

★ ويجب استظهار دعوى التفسير على أساس ما قضى به الحكم المطلوب تفسيره إن كان ثمة وجه قانونى للتفسير دون مجاوزة ذلك الى تعديل ماقضى به ، فلا تعمل ولايتها خارج هذه الحدود حتى لا تمس حجية الشىء المقضى به للحكم المطلوب تفسيره وحتى يتسنى تنفيذ الحكم دون تعارض ما بين ما صدر به وما أعيد تفسيره ، وفى ذلك تقول محكمة النقض :

«الحكم التفسيرى يعتبر جزء متمما للحكم الذى يفسره وليس حكما مستقلا ، فما يسرى على الحكم المفسر من قواعد الطعن بالطرق العادية أو غير العادية

---

(١) المحكمة الادارية العليا فى ٥ من نوفمبر سنة ١٩٥٥ - السنة الأولى رقم (٥) ص ٢٧ .

فما يسرى على الحكم المفسر من قواعد الطعن بالطرق العادية أو غير العادية يسرى عليه ، سواء أكان هو فى تفسيره قد مس الحكم المفسر بنقص أو بزيادة أو بتعديل»[1] .

★ كذلك جاء بحكم محكمة القضاء الادارى مايلى :

« ... التفسير لا يكون الا فى حالة الغموض فى منطوق الحكم أو فى أسبابه الجوهرية غموضا يغلق سبيل تفهم المعنى المراد فيلجأ الخصم الى المحكمة التى أصدرته لتجلو بحكم جديد ما وقعت فيه من غموض لا يؤدى الى فهم الغرض المقصود ..»[2] .

★ كما تضمن حكم المحكمة الادارية العليا مايلى :

« .... والتفسير تختص به المحكمة التى أصدرت الحكم لأنها الأقدر على فهم مقصوده وتحديده وازالة ما قد يثور من غموض . ولو تغير الاختصاص بعد صدور الحكم ....»[3] .

وقد اشترط كذلك لقبول طلب التفسير أن يكون الحكم المراد تفسيره حكما موضوعيا وذلك لأنه لا جدوى من تفسير قضاء غير ملزم لا يحوز حجيته . الا أنه من الأحكام الفرعية ، ماقد يتطلب التفسير كالحكم بندب خبير اذا كان هناك غموض فى بيان مهمته .

ولا يجب أن يقم بالتفسير نفس القضاة الذين أصدروا هذا الحكم[4] اذ لا يتعلق الأمر بالبحث عن أى ارادة لديهم ، وانما يتعلق الأمر بتفسير موضوعى . ويصدر قرار التفسير بناء على طلب يقدم - دون تقيد بميعاد - بالاجراءات العادية لرفع الدعوى من أى من الخصوم ، سواء من صدر الحكم لصالحه أو من صدر ضده ، ووفقا للمادة ١٩٢ مرافعات لا يقبل الطلب الا اذا تعلق بتفسير «المنطوق» ، على أنه يجب ألا يؤخذ الأمر على نحو شكلى اذ المنطوق قد يوجد فى الواقع أو الأسباب بحيث تكون هذه جزء لا يتجزأ من المنطوق .

---

(١) محكمة النقض - الدائرة المدنية - فى ٢٦ من أكتوبر ١٩٣٣ - جدول الخمس والعشرين سنة - تفسير الأحكام - رقم (٢٨٤) صفحة ٥٧٧ .

(٢) محكمة القضاء الادارى فى ٥ من ابريل السنة الثامنة رقم ٥٩٥ - ص ١١٦٢ .

(٣) المحكمة الادارية العليا فى ١٤ من فبراير ١٩٥٩ - السنة الرابعة رقم ٦٣ ص ٧٦٩ .

(٤) الدكتور/ فتحى والى «الوسيط فى قانون القضاء المدنى» الطبعة الثانية - س ١٩٨١ ص ٧٢١ - ٧٢٢ .

ومن ناحية أخرى ، لا يقبل الطلب اذا كان قضاء المحكمة واضحا لا يشوبه غموض . وذلك حتى لا يمس الطلب ما للحكم من حجية ، ويكون نطاق الخصومة مقصورا على ما يتعلق بتفسير الحكم ، فليس للخصوم أن يجادلوا فى المسائل القانونية التى بت فيها الحكم المطلوب تفسيره أو أن يتمسكوا بدفوع لا علاقة بما فى الحكم من غموض .

ولا تطبق المحكمة ، وهى تقوم بالتفسير ، قواعد تفسير التصرف القانونى ولا القواعد المقررة لتفسير التشريع ، وانما تفسر الحكم تفسيرا منطقيا بالنظر الى أسباب الحكم وعناصره الأخرى وبافتراض أن المحكمة لا يمكن أن تكون قد خالفت القانون فى حكمها المطلوب تفسيره . فان لم تكف عناصر الحكم لتفسيره ، فيمكن الالتجاء الى عناصر أخرى فى القضية كطلبات الخصوم والأوراق المقدمة فى الخصومة .

وفى جميع الأحوال ، يجب على المحكمة أن تعمل على الكشف عن التقدير الذى يتضمنه الحكم فلا تتخذ التفسير وسيلة لتعديل حكمها أو الحذف منه أو الاضافة اليه .

ويعتبر الحكم الذى يصدر بالتفسير مكملا للحكم الذى فسره .

والتفسير ينصب فى الأصل على منطوق الحكم فقط ، ولكنه قد يجاوزه الى ما ارتبط به من أسباب جوهرية وهو يقف عند حد ماأبهم بالفعل بحسب تقدير المحكمة اذا ما التبس على ذوى الشأن فهمه بالرغم من وضوحه[1] .

تعليـق :

★ جدير بالاحاطة أننا قد سلطنا الضوء على القواعد المتعلقة بتفسير العقود الادارية بصفة خاصة ، وتفسير الأحكام بصفة عامة ، لأننا نرى أن الكثير من الأحكام المتعلقة بمنازعات العقود الادارية تدور فى فلك الخلافات حول التفسير ، نظرا

---

(١) نورد فيما يلى حكما هاما للمحكمة الادارية العليا صدر فى ٢٥ يناير ١٩٥٨ - السنة الثالثة رقم ٧٤ - ص ٦٥٩ والتى بلورت فيه قواعد التفسير اذ تقرر : أن المشرع أجاز فى المادة ٣٦٦ من قانون المرافعات «القديم» للخصوم أن يطلبوا من المحكمة التى أصدرت الحكم تفسير ما وقع فى منطوقة من غموض أو ابهام وذلك بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى ، ونص فى المادة ٣٦٧ من القانون المشار اليه على أن الحكم الصادر بالتفسير يعتبر من كل الوجوه متمما للحكم الذى يفسره أى ليس حكما مستقلا .

نتشعب المبادىء والقواعد التى تحكم العقد الادارى ، وما يحيط به من نظريات مختلفة ، وقواعد متشعبة ، لاسيما فيما يتعلق بتكييف العقد ، وماأذا كان مدنيا أو اداريا ، ومدى حق الادارة فى تعديله ، وأساس التعويض ، وماذا كان يتم طبقا لنظرية فعل الأمير والتوازن المالى للعقد ، أو طبقا لنظرية الظروف الطارئة ، ومدى الأخذ بآراء الفقه ، وأحكا القضاء المدنى .

• • •

الباب السادس

القواعد العامة للاختصاص القضائى مع التركيز على اختصاص القضاء الادارى بمنازعات العقود الادارية ، وبنظر الطلب المستعجل المتفرع عن عقد ادارى ، وبنظر دعوى اثبات الحالة ، وباشكالات التنفيذ ، ودور التحكيم فى المنازعات التى تنشأ بين الأجهزة العامة بالدولة



الباب السادس

القواعد العامة للاختصاص ، مع التركيز على اختصاص القضاء الادارى بمنازعات العقود الادارية ، وبنظر الطلب المستعجل المتفرع عن عقد ادارى ، وبنظر دعوى اثبات الحالة وباشكالات التنفيذ ، ودور التحكيم فى المنازعات التى تنشأ بين الأجهزة العامة للدولة

الفصل الأول

القواعد العامة للاختصاص

المبحث الأول

تعريف الاختصاص

نبين أنواع الإختصاص على النحو التالى :

(أ) الاختصاص الولائى أو الوظيفى هو تحديد ولاية جهات القضاء المختلفة بنظر نزاع معين .

(ب) الاختصاص النوعى هو الخاص بتعدد طبقات المحاكم وهو أمر تقتضيه اعتبارات متعددة هى وجوب توافر محكمة عليا تشرف على صحة تطبيق القانون وتعمل على توحيد القضاء فى المسائل القانونية وتخصيص محاكم للفصل فى القضايا الكبيرة الأهمية وأخرى للفصل فى القضايا القليلة الأهمية ، وتخصيص محاكم للفصل فى الدعوى بصفة ابتدائية ومحاكم للنظر فى الدعوى بصفة استئنافية .

(جـ) الاختصاص القيمى هو المتعلق بقيمة الدعوى والذى يجعل المحكمة الجزئية أو الابتدائية هى المحكمة بنظر الدعوى تبعا لقيمتها[1] .

(★) تراجع التعديلات الواردة على قانون المرافعات المدنية والتجارية .

(١) تنص المادة (١٠٨) من قانون المرافعات على مايلى :

«الدفع بعدم الاختصاص المحلى والدفع باحالة الدعوى الى محكمة أخرى لقيام النزاع أمامها أو-

(د) ويترتب على اعتبار قواعد الاختصاص المتعلقة بالوظيفة والاختصاص القيمي من النظام العام مايلي :

(١) لا يجوز اتفاق الخصوم على رفع النزاع الى جهة قضاء غير مختصة به .

(٢) يجوز للمدعي والمدعى عليه الدفع بعدم الاختصاص في أية حالة تكون عليها الدعوى ولا يتقيد المدعي بالقبول الضمني المستفاد من رفعه الدعوى .

(٣) يتعين على النيابة العامة اذا تدخلت في الدعوى كطرف منضم أن تتمسك بعدم الاختصاص المتعلق بالنظام العام ولو لم يدفع به أحد الخصوم .

(٤) على المحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بانتفاء ولايتها ولو أغفل الخصوم والنيابة التمسك بعدم الاختصاص .

= للارتباط والدفع بالبطلان وسائر الدفوع المتعلقة بالاجراءات يجب ابداؤها معا قبل ابداء اى رأى أو طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع بعدم القبول والا سقط الحق فيما لم يبد منها . ويسقط حق الطاعن في هذه الدفوع اذا لم يبدها في صحيفة الطعن .

ويحكم في هذه الدفوع على استقلال مالم تأمر المحكمة بضمها الى الموضوع ، وعندئذ تبين المحكمة ماحكمت به في كل منها على حدة .

ويجب ابداء جميع الوجوه التي يبنى عليها الدفع المتعلق بالاجراءات معا والا سقط الحق فيما لم يبد منها .

وتنص المادة (١٠٩) من قانون المرافعات على مايلي :

«الدفع بعدم اختصاص المحكمة لانتفاء ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها» .

ويجوز الدفع في أية حالة كانت عليها الدعوى .

وتنص المادة (١١٠) من قانون المرافعات على مايلي :

«على المحكمة اذا قضت بعدم اختصاصها أن تأمر باحالة الدعوى بحالتها الى المحكمة المختصة ، ولو كان عدم الاختصاص متعلقا بالولاية ، ويجوز لها عندئذ أن تحكم بغرامة لا تجاوز عشرة جنيهات وتلتزم المحكمة المحال اليها بنظرها» .

وتنص المادة (١١١) من قانون المرافعات على مايلي :

«اذا اتفق الخصوم على التقاضي أمام محكمة غير المحكمة المرفوع اليها الدعوى جاز للمحكمة أن تأمر باحالة الدعوى الى المحكمة اتفقوا عليها» .

وتنص المادة (١١٢) من قانون المرافعات على مايلي :

اذا رفع النزاع ذاته الى محكمتين وجب ابداء الدفع بالاحالة أمام المحكمة التي رفع اليها النزاع أخيرا للحكم فيه .

«واذا دفع بالاحالة للارتباط جاز ابداء الدفع أمام أي من المحكمتين . وتلتزم المحكمة المحال اليها الدعوى بنظرها» .

(٥) يجوز الادلاء بالدفع طبقا للقواعد القانونية سالفة الذكر فى أية حالة تكون عليها الدعوى ولو بعد صدور حكم فرعى أو فى شق من الموضوع حتى ولو أصبح هذا الحكم أو ذاك غير قابل للطعن فيه ويجوز ابداء الدفع لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية أو أمام محكمة النقض[١] .

ونرى أن هذه القاعدة يمكن أن تطبق أمام المحكمة الادارية العليا بمجلس الدولة فى الحدود القانونية السابقة باعتبار أنها تحاكم الحكم المطعون فيه من زاويتى الوقائع والقانون ، أى يمكن إعتبارها محكمة إستئناف ونقض فى آن واحد .

المبحث الثانى

تطبيقات من أحكام النقض بشأن الاحالة للمحكمة المختصة

القاعدة الأولى :

امتناع القضاء العادى التصدى للقرار الادارى :

جاء بحكم المحكمة مايلى :

لئن كان يمتنع على المحاكم المدنية بنص المادة ١٥ من قانون السلطة القضائية رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩ أن تتعرض لتفسير الأمر الادارى أو تأويله وكانت المادة التاسعة من قانون تنظيم مجلس الدولة رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ (الذى حل محله القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢) خولته لمحكمة القضاء الادارى بالمجلس دون سواها ، الا أنه لما كان القانون لم يعرف القرارات الادارية ولم يبين الخصائص التى تميزها والتى يهتدى بها فى القول بتوافر الشروط اللازمة لها ولحصانتها من تعرض السلطة القضائية العادية لها بتعطيل أو تأويل ، فان من وظيفة المحاكم المدنية أن تعطى هذه القرارات وصفها القانونى على هدى من حكمة التشريع ومبدأ الفصل بين السلطات وحماية الأفراد وحقوقهم توصلا الى تحديد اختصاصها للفصل فى النزاع المعروض عليها[٢] .

---

(١) راجع دكتور/ أبو الوفا : «نظرية الدفوع» – ص ١٦٠ – مشار اليه بمؤلف : المستشار/ عز الدين الدناصورى والأستاذ/ حامد عكاز «التعليق على قانون المرافعات» – س ١٩٨٢ – ص ٢٩٠ – ٢٩١ .

(٢) الطعن بالنقض رقم ٣٨٠ لسنة ٤٣ ق – جلسة ١٩٧٧/٣/٣٠ – سنة ٢٨ ص ٨٣٧ .

وجدير بالذكر أن المحكمة الادارية العليا عرفت القرار الادارى بمايلى .

«القرار الادارى هو إفصاح الادارة فى الشكل الذى يتطلبه القانون ، عن إرادتها الملزمة بمالها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح وذلك بقصد إحداث مركز قانونى معين يكون ممكنا وجائزا قانونا وكان الباعث عليه إبتغاء مصلحة عامة» .

القاعدة الثانية :

القوانين المعدلة للاختصاص :

جاء بحكم المحكمة مايلي :

المقصود بالقوانين المعدلة للاختصاص في معنى المادة الأولى من قانون المرافعات هي تلك التي تغير الولاية القضائية أو الاختصاص النوعي أو القيمي أو المحلي دون القوانين التي تلغي محكمة أو تزيل جهة قضاء فان هذا الالغاء يحدث أثره حتما بمجرد نفاذ القانون مالم ينص على غير ذلك[1] .

القاعدة الثالثة :

(احالة الدعوى الى المحكمة المختصة بحالتها ولو كان الأمر متعلقا بالولاية) :

جاء بحكم المحكمة مايلي :

مفاد النص في المادة ١١٠ من قانون المرافعات على أن «على المحكمة اذا قضت بعدم اختصاصها أن تأمر باحالة الدعوى بحالتها الى المحكمة المختصة ولو كان عدم الاختصاص متعلقا بالولاية» وعلى أن «تلتزم المحكمة المحال اليها الدعوى بنظرها» وأن يعتد أمام هذه المحكمة الأخيرة بما تم من اجراءات أمام المحكمة التي رفعت اليها الدعوى ومن ثم فان ما تم صحيحا من اجراءات قبل الاحالة يبقى صحيحا وتتابع الدعوى سيرها أمام المحكمة التي أحيلت اليها من حيث انتهت اجراءاتها أمام المحكمة التي أحالتها ...[2] .

القاعدة الرابعة :

(احالة الدعوى الى المحكمة المختصة ينصرف الى ماتم من إجراءات) :

جاء بحكم المحكمة مايلي :

أن عبارة «الأمر باحالة الدعوى بحالتها الى المحكمة المختصة» المشار اليها في صدر المادة ١١٠ من قانون المرافعات تنصرف الى ما يكون قد تم من الاجراءات

---

(١) الطعن بالنقض رقم ١٠٣ لسنة ٤٠ ق - جلسة ١٩٧٦/١١/١٧ - سنة ٢٧ ص ١٥٩٤ .

(٢) الطعن بالنقض رقم ٦٦٨ لسنة ٤٢ ق - جلسة ١٩٧٧/٣/١٦ سنة ٢٨ ص ٦٨١ .

فى الدعوى فى ظل قانون المحكمة التى رفعت اليها ابتداء قبل احالتها الى المحكمة المختصة دون أن تنصرف الى الحقوق أو الدفوع الموضوعية التى تنظمها القوانين الموضوعية دون قانون المرافعات الذى ينظم الاجراءات(١) .

القاعدة الخامسة :

(الوضع بالنسبة للدعاوى التى عدل القانون إختصاصها النوعى) :

جاء بحكم المحكمة مايلى :

نصت المادة ٢ من القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ باصدار قانون المرافعات القائم على حكم وقتى فى شأن الدعاوى التى تعدل اختصاصها النوعى بموجب هذا القانون ، اذ قالت، على المحاكم أن تحيل بدون رسوم ومن تلقاء نفسها مايوجد لديها من دعاوى أصبحت من اختصاص محاكم أخرى بمقتضى أحكام هذا القانون ، وذلك بالحالة التى تكون عليها ، ولا تسرى أحكام الفقرة السابقة على الدعاوى المحكوم فيها أو الدعاوى المؤجلة للنطق بالحكم بل تبقى خاضعة لأحكام النصوص القديمة ومؤدى ما سلف أن تنتقل منازعات التنفيذ من ولاية قانون المرافعات القديم الى ولاية القانون الجديد وتحال حتما من المحكمة الابتدائية الى قاضى التنفيذ التى أصبحت من اختصاصه ، طالما أنه لم يحكم فيها أو تأجلت للحكم(٢) .

القاعدة السادسة :

إمكان رفع دعوى بطلان أصلية أو الدفع بالبطلان إذا تجرد الحكم من أركانه الأساسية :

وتقول المحكمة :

أن القاعدة أن الحكم القضائى متى صدر صحيحا يظل منتجا لكافة آثاره فيمتنع بحث أسباب العوار التى تلحقه الا عن طريق التظلم منه بطرق الطعن المناسبة ، ولا سبيل لاهدار حجية هذه الأحكام بدعوى بطلان أصلية أو الدفع بهذا البطلان فى دعوى أخرى ، ومن المسلم به استثناء من هذا الأصل العام فى بعض الصور ، القول بامكان رفع دعوى بطلان أصلية أو الدفع بذلك ، اذا تجرد الحكم من أركانه الأساسية

---

(١) الطعن بالنقض رقم ١١٤ لسنة ٤٤ ق – جلسة ١٩٧٧/٥/٢ سنة ٢٨ ص ٤ : ١١ .

(٢) الطعن بالنقض رقم ١٨ لسنة ٤٠ ق – جلسة ١٩٧٥/٣/٥ سنة ٢٦ ص ٥٤٠ .

بحيث يشوبه عيب جوهرى جسيم يصيب كيانه وينال منه ويفقده صفته كحكم ويحول دون اعتباره موجودا منذ صدوره ، فلا يستنفذ القاضى سلطته ولا يرتب الحكم حجية الأمر المقضى ولا يرد عليه التصحيح ، لأن المعدوم لا يمكن رأب صدعه ، ومن قبيل ذلك صدور الحكم على من ثبت وفاته قبل رفع الدعوى .

القاعدة السابعة :

الدفع بعدم الاختصاص لانتفاء الولاية :

الدفع بعدم اختصاص المحكمة لانتفاء ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها – ويجوز الدفع به فى أية حالة كانت عليها الدعوى[1] .

القاعدة الثامنة :

الاحالة لعدم الإختصاص المتعلق بالولاية ليست مقصورة على جهتى القضاء العادى والادارى بل ينطبق اذا كانت الدعوى داخله فى اختصاص هيئة ذات اختصاص قضائى :

وتقول المحكمة :

اذا كان المشرع بنصه فى المادة ١١٠ من قانون المرافعات أنه «على المحكمة اذا قضت بعدم اختصاصها أن تأمر باحالة الدعوى بحالتها الى المحكمة المختصة ولو كان عدم الاختصاص متعلقا بالولاية .. وتلتزم المحكمة المحال اليها الدعوى بنظرها» قد هدف الى تبسيط الاجراءات فى صدد الأحكام المتعلقة بالاختصاص ولو كان ولائيا ، **وإذا كانت المذكرة الايضاحية لتلك المادة قد أشارت الى جهتى القضاء الاساسيتين – العادى والادارى الا أن النص سالف الذكر قد جاء عاما مطلقا ينطبق أيضا اذا ما كانت الدعوى داخلة فى اختصاص هيئة ذات اختصاص قضائى كهيئات التحكيم لتوفر العلة التى يقوم عليها حكم النص[2] .**

---

(١) المادة (١٠٩) مرافعات وتقابل المادة (١٣٤) مرافعات قديم .
(٢) نقض ٧٩/٣/٣٤ – طعن ٦٣٤ – س ٤٥ ق .

القاعدة التاسعة :

(الدفع بالاحالة للارتباط) :

الدفع بالاحالة للارتباط وصورتها أن ترفع أمام محكمتين مختلفتين دعويان مختلفتان بينهما صلة ارتباط ، والارتباط صلة وثيقة بين طلبين تجعل من المصلحة أن تختص بنظرهما وتفصل فيهما محكمة واحدة تفاديا لصدور أحكام متعارضة .

ومن أمثلة ذلك طلب أحد العاقدين تنفيذ العقد وطلب المتعاقد الآخر بطلانه أو فسخه – ولا يشترط للاحالة للارتباط أن تكون الدعويان قائمتين أمام محكمتين تابعتين لجهة قضائية واحدة ، اذ أن المادة (١١٠) مرافعات أوجبت على المحكمة اذا قضت بعدم اختصاصها أن تقضى باحالة الدعوى للمحكمة المختصة ولو كان عدم الاختصاص متعلقا بالولاية – غير أنه لا يجوز احالة قضية مطروحة على محكمتين الى محكمة ما لارتباطها بدعوى قائمة أمامها – كما لا يجوز أن تحال على المحكمين دعوى قائمة أمام المحاكم العادية[1] .

★ ويلاحظ أن الاحالة للارتباط لا تتم الا بالتقدم بدفع بطلب الاحالة ، فلا يملك الخصم بارادته وحده أن يرفع دعوى أمام محكمة غير مختصة محليا لمجرد اثبات قيام صلة الارتباط مع دعوى منظورة أمامها ، كما أن التمسك بسقوط الدفع بالاحالة للارتباط يجب أن يبدى أمام المحكمة المحيلة وليس المحكمة المحال اليها .

والاحالة على النحو المتقدم تختلف عن ضم دعوى لأخرى ، اذ فى حالة الضم يرفع ذات الطلب أو الطلبان المرتبطان بصحيفتين مختلفتين أمام نفس المحكمة سواء أمام نفس الدائرة أو أمام دائرتين مختلفتين ، ففى هذه الحالة يطلب أحد الخصوم فى الدعويين ضمها للأخرى ، وقد جرت عادة المحاكم على الاستجابة لطلب الضم اذا ما رأت المحكمة أن ذلك يسهل الفصل فى الدعويين ، وهذا الأمر متروك لتقدير المحكمة ولا يترتب على الضم ادماج الدعويين فتظل كل منهما محتفظة لاستقلالها . الا اذا كان كل من الطلبين يشتمل على ذات الدعوى ، كما

---

(١) المستشار/ عز الدين الديناصورى والأستاذ/ حامد عكاز «التعليق على قانون المرافعات» ط/٢ – ص ١٩٨٢ – ص ٣٠٢ – ٣٠٥ .

أن ضم الدعويين لا يلزم المحكمة باصدار حكم واحد فيهما فلها أن تحكم فى احداهما قبل الأخرى .

ويرى الدكتور/ أبو الوفا أنه لا يجوز الاحالة للارتباط اذا كانت المحكمتان من محاكم الدرجة الثانية ، لأن الدفع بالاحالة للارتباط لا يجوز ابدائه فى الاستئناف لما يترتب على ذلك من الاخلال بمبدأ تبعية المحاكم بعضها ببعض وهى مسألة من النظام العام[1] .

المبحث الثالث

اختصاص القضاء الادارى بالفصل فى منازعات العقود الادارية وقواعد قضائية هامة

(أولا) : أن اختصاص القضاء الادارى بالفصل فى المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية هو اختصاص شامل مطلق لأصل المنازعات وما يتفرع عنها من الطلبات المستعجلة.، وللمحكمة أن تفصل فى الطلب المستعجل المتفرع من العقد الادارى فى الحدود وبالضوابط المقررة فى الطلبات المستعجلة ، ولا يجوز الخلط بين الطلب المستعجل وبين طلب وقف التنفيذ لأنه لا يتعلق بقرار ادارى ، وانما ينبثق عن رابطة عقدية ويدخل فى رابطة العقد وتستنهض له ولاية القضاء الكامل دون ولاية الالغاء حسبما سنذكره تفصيلا .

ومادام القضاء الادارى مختص بنظر أصل المنازعة فيختص بنظر الفرع (الطلب المستعجل) ، فتفصل المحكمة فى الطلب المستعجل المتفرع عن العقد الادارى فى الحدود وبالضوابط المقررة للفصل فى الطلبات المستعجلة ، وذلك بأن تستظهر

---

(١) راجع المرجع السابق – ص ٣٠٠ – ٣٠٥ – ويشير إلى الأستاذ/ كمال عبد العزيز «المرافعات» ص ٢٦٢ ، والدكتور/ أحمد أبو الوفا «التعليق على نصوص قانون المرافعات» – ص ٤١٠ .

الأمور التى يخشى عليها من فوات الوقت ، أو النتائج التى يتعذر تداركها أو الضرر المحدق بالحق المطلوب المحافظة عليه ، ثم تستظهر بعد ذلك جدية الأسباب أو عدم جديتها بالنسبة اليها فى ظاهرها ، بيد أن الفصل فى الطلب المستعجل فى هذه الحالة لا يخلط بينه وبين طلب وقف التنفيذ ، لأنه لا يتعلق بقرار ادارى ، وانما ينبثق عن رابطة عقدية ، ويدخل فى منطقة العقد وتستنهض له ولاية القضاء الكامل دون ولاية الالغاء[1] .

وجدير بالذكر أن اختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء ادارى بالفصل فى المنازعات الخاصة بالعقود الادارية يجعله مختصا أيضا بطلب ندب خبير في شأن نزاع قام بخصوص العقد الادارى[2] .

★ كذلك فإن هذا القضاء يختص بالطلبين الأصلى والتبعى فى منازعات العقود الادارية طالما أن اختصاصه بنظر الطلب الأصلى ليس محل منازعة[3] .

★ ويعتبر عقد المساهمة في مشروع ذى نفع عام عقدا اداريا وثيق الصلة بعقد الأشغال العامة يأخذ حكمه ويعتبر من قبيله ، وينعقد الاختصاص بالفصل فى المنازعات المتعلقة به لمحاكم مجلس الدولة صاحبة الولاية فى هذا الشأن دون المحاكم المدنية . مثال ذلك التعهد بالمشاركة بقطعة أرض فى نفقات مشروع من مشروعات الأشغال العامة مقابل قيام الادارة بتنفيذ هذا المشروع ، فإن العقد المنبثق عن ذلك يعتبر عقدا اداريا بمنأى عن القواعد المألوفة في مجال القانون الخاص ، ولا يتقيد فى شأنه بأوضاع الهبة المقررة فى القانون المدنى .

★ وبالبناء على ذلك تخضع المنازعات المتعلقة بالتنفيذ أو النكول عنه لاختصاص القضاء الادارى باعتبار المنازعة متفرعة عن عقد ادارى[4] .

★ ويختص القضاء الادارى أيضا بالمنازعات المتعلقة فى شأن التعهد بخدمة الحكومة باعتباره الجهة صاحبة ولاية القضاء الكامل فى منازعات العقود الادارية .

---

(١) المحكمة الادارية العليا فى خمسة عشر عاما ١٩٦٥ - ١٩٨٠ - الجزء الأول (أ - خ) ص ١٨١ - ١٨٢ .
(٢) المرجع السابق ص ١٨١ .
(٣) المحكمة الادارية العليا فى ١٥ عاما - ١٩٦٥ - ١٩٨٠ الجزء الأول (أ - خ) ص ١٨٣ .
(٤) حكم المحكمة الادارية العليا : ١٠٢٥ - ١٥ (١٩٧٨/١/٧) .

ويختص القضاء الادارى بنظر المنازعة فى العقد المبرم بين أحد ضباط القوات المسلحة والجهة الادارية المتضمن الزامه بخدمتها مدة معينة باعتبارها من منازعات العقود الادارية ، وقد قضت بذلك المحكمة الادارية العليا بجلستها المنعقدة فى ٣٠ يونيو سنة ١٩٧٩[١] .

★ ومن هذا القبيل أيضا العقد الذى يتم بين المبعوث وكفيله ، فاذا أخل المبعوث عن تعهده بخدمة الجهة الموفده له بعد انتهائها ولم يعد فيحق لهذه الجهة مطالبته بنفقات البعثة ولا يسقط الحق فى مطالبته الا بالتقادم الطويل (١٥ سنة) وتعتبر المنازعة ادارية يختص القضاء الادارى بنظرها .

★ كما يعتبر العقد الذى تبرمه مصلحة المناجم والمحاجر بالتأجير خارج مناطق البحث والاستغلال ، عقدا اداريا يختص القضاء الادارى بنظر المنازعات المتعلقة به .

★ ومن أهم مايمكن الاشارة اليه أن صدور العقد عن جهة نائبة عن الدولة واتصاله بنشاط مرفق من المرافق العامة وتضمنه شروطا غير مألوفة فى القانون الخاص يجعل الاختصاص القضائى فى شأنه من اختصاص القضاء الادارى .

★ ونضرب لذلك مثلا بقضية من القضايا التى عرضت على القضاء الادارى وهى قضية تتمثل فى التصريح بالانتفاع «بكازينو» فى منطقة الشاطىء بالمعمورة المعتبر من المنافع العامة والمقصور حق استغلاله على شركة المعمورة للاسكان والتعمير ، وتصريح الشركة بوصفها نائبة عن الدولة فى ادارة واستغلال الشاطىء ، لكونه متصلا بنشاط مرفق الشاطىء وتضمنه شروطا غير مألوفة فى نطاق القانون الخاص ، يضفى على العقد الصفة الادارية باعتباره عقدا اداريا تختص بالمنازعات فيه محاكم مجلس الدولة[٢] .

---

(١) مشار الى ذلك بالمرجع السابق ص ٨٤ - ١٨٥ .
(٢) المحكمة الادارية العليا : حكمها فى ١٩٨٠/٦/٢١ .

(ثانيا) : قواعد قضائية هامة فى تحديد الاختصاص :

القاعدة الأولى :

منازعات العقود التى تخرج عن اختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء ادارى :

★ من أهم الأمثلة التقليدية على عدم أختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء ادارى ، أنه اذا تعاقدت وزارة الأوقاف مثلا مع مقاول مبانى ليس بصفتها سلطة عامة ، وانما باعتبارها ناظرة على وقف كشخصية إعتبارية لا تختلط بشخص ناظر الوقف أو المستحقين فيه ، فان شخصية الوقف الاعتبارية تعد من أشخاص القانون الخاص ، والتعاقد الذى يتم مع المقاول يكون فى ضوء هذا التكييف القانونى .

★ وفى ضوء هذا التفسير فان الأثر الذى يترتب على ذلك هو عدم اختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء ادارى بنظر المنازعة ، وينعقد الاختصاص بنظرها للقضاء المدنى[1] .

القاعدة الثانية :

بعض قواعد الاختصاص التى أثيرت أمام محكمة النقض : ونذكر منها مايلى :

(١) جاء بالطعن رقم ٣٨٨ لسنة ٣٣ ق أن «الأمر الذى تصدره جهة الادارة بالامتناع عن صرف المبالغ المستحقة للمقاول المتعاقد معها لدى جهات الحكومة المختلفة استنادا الى شروط العقد الادارى نتيجة لسحب العمل منه ليس فى حقيقته أمرا بتوقيع حجز ادارى يخضع فى اجراءاته لاحكام قانون الحجز الادارى رقم ٣٠٨ لسنة ١٩٥٥ ، وانما هو من وسائل تنفيذ العقد الادارى الذى يخرج عن ولاية القضاء العادى سلطة الفصل فيه»[2] .

(٢) ومن قواعد الاختصاص أيضا أنه اذا تعاقدت الادارة بغير صفتها وتجردت من التسلح بالسلطة العامة فى تعاقدها فى مقاولة الأشغال العامة ، فإن العقد يتجرد من كونه عقدا اداريا لاسيما اذا جاء خلوا من الشروط الاستثنائية التى مازالت العنصر

---

(١) القاعدة ١٢٧ ص ٨٥٣ من الفهرس الهجائى لمجموعة أحكام العليا س ٣٢ من جـ/ ٢ .

(٢) الطعن بالنقض رقم ٣٨٨ لسنة ٣٣ ق - جلسة ١٩٦٧/٣/١٤ - س ١٨ ص ٦١٢ .

الجوهرى فى تكييف العقود الادارية ، ومن ثم لا يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء ادارى بنظر المنازعات المتعلقة به .

وفى ذلك تقول محكمة النقض مايلى :

«اذا كان الوصف الذى أسبغه الحكم على العقد بأنه عقد ادارى ، يخالف الوصف الصحيح له ، وكان الحكم قد أقام قضاءه بعدم اختصاص المحاكم ولائيا بنظر الدعوى تأسيسا على هذا الوصف الخاطيء ، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون»[(1)] .

وتقضى قواعد الاختصاص بأن اتباع الاشكال والاجراءات الادارية فى العقود المدنية لاتضفى عليها الصفة الادارية ، كما أن اتباع هذه الاجراءات لا يرفع عن العقد صفته الادارية .

وبناء على ذلك فإن اتباع اجراءات المزايدات أو المناقصات العامة أو كتابة قائمة شروط لا يحول العقد المدنى الى عقد ادارى ، كذلك فإن استخدام شكل من الأشكال المعروفة فى المعاملات الخاصة لا يعنى بالضرورة أن العقد مدنى .

★ ومن ثم فإن النص الخاص بتحديد الاختصاص القضائى لن تكون له قيمة فعلية مالم يكن ذلك متفقا مع طبيعة العقد الحقيقية ، أى أن العقد اذا كان فى مضمونه ونصوصه ما يجعله عقدا اداريا ، فان النص الذى يحدد اختصاص المحاكم المدنية يصبح معدوم الأثر ، وبالعكس اذا كان العقد بطبيعته عقد متعلق بالدومين الخاص يجعله عقدا مدنيا ، فان النص على جعل الاختصاص لمجلس الدولة بهيئة قضاء ادارى لا ينتج أى أثر على طبيعة العقد الذاتية .

---

(1) الطعن بالنقض رقم ٣٩٧ سنة ٣٣ ق - جلسة ١٩٦٧/٣/٢٨ س ١٨ ص ٦٨٤ .

★ يرجى ملاحظة أن ماجاء بالمادة (٥١) من قانون المرافعات والتى تنص على مايلى :

«فى الدعاوى الجزئية التى ترفع على الحكومة أو وحدات الادارة المحلية أو الهيئات العامة أو المؤسسات العامة يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها مقر المحافظة ، مع مراعاة القواعد المتقدمة» .

★ لا ينطبق على المنازعات الادارية بل يتبع فى شأنها ماجاء بالمواد أرقام ١٣ ، و ١٤ ، و ١٥ ، و ١٦ ، و ١٧ ، و ٢٣ الواردة بقانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ، مع العلم بأن الأحكام الصادرة من المحاكم التأديبية عادية ، أو عليا يطعن فيها أمام المحكمة الادارية العليا ، كما يطعن أمام المحكمة الاخيرة فى الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الادارى ، ويطعن فى أحكام المحاكم الادارية أمام محكمة القضاء الادارى بهيئة استئنافية ، ويكون الطعن مقاما من ذوى الشأن أو من رئيس هيئة مفوضى الدولة .

(راجع فى موضوع توزيع الاختصاص القضائى بين محاكم مجلس الدولة مؤلفنا «قضاء مجلس الدولة واجراءات الدعاوى الادارية» ص ٢٧ - ٤٤) .

وتظهر قيمة النص الخاص بتحديد الاختصاص فى حالة ما اذا كانت الشروط التى يتضمنها العقد غير قاطعة فى الدلالة على طبيعة العقد ، فعند ذلك يمكن أن نستعين بالنص لتحديد ماإذا كانت تلك الشروط تعتبر شروطا استثنائية ، اذا كان النص يحيل الى الاختصاص الادارى ، أو أنها تعتبر نصوص عادية اذا كان النص يعقد الاختصاص للمحاكم المدنية ، فالنص فى هذه الحالة يعتبر بمثابة قرينة أو دليل تكميلى للاستدلال به على طبيعة العقد ، ولكن النص وحده لا يكفى للدلالة على طبيعة العقد الذاتية ، وما اذا كان اداريا أو مدنيا .

وخلاصة القول فان العقد يعتبر اداريا اذا كان أحد أطرافه شخصا معنويا عاما ومتصل بنشاط مرفق عام ومتضمنا شروطا استثنائية ، أى أنها غير مألوفة فى القانون الخاص ، والأثر المترتب على ذلك أنه اذا تضمن العقد الشروط الثلاثة مجتمعة كان عقدا اداريا يختص به القضاء الادارى .

القاعدة الثالثة :

تحديد الاختصاص فى الاتفاقات المركبة :

يحدث فى العمل أن نكون أمام اتفاق مكتوب تبرمه الادارة ويحتوى على عناصر متنوعة ، لو طبقنا عليها المعيار السابق فى التمييز بين العقود الادارية وعقود القانون الخاص لوجدنا أن الاتفاق ينطوى فى حقيقة الأمر على نوعين من العقود : عقد ادارى ، وعقد من عقود القانون الخاص . فهل يفصل القضاء بين كل نوع من الشروط ، ويطبق عليه النظام القانونى الذى يحكمه ، أم يعامل الاتفاق ككل ويخضعه لنظام قانونى واحد ؟ مثال ذلك أن تبرم الادارة اتفاقا يشتمل على عناصر أشغال عامة – مما يعتبر عقدا اداريا فى جميع الحالات – وينطوى فى ذات الوقت على عناصر عقد توريد مما يعتبر اداريا أو مدنيا وفقا لطبيعته الذاتية .

★ يجرى القضاء الادارى فى فرنسا على معاملة الاتفاق ككل : بمعنى أن ينظر القاضى الى العنصر الغالب ويطبع الاتفاق بطابعه . ومن ذلك قضاء مجلس الدولة الفرنسى فى موضوع تأجير الادارة لينابيع المياه المعدنية اذا تضمن التأجير عناصر أشغال عامة أو امتياز بمرفق عام . ويمكن أن نعتبر من هذا القبيل فى مصر مجموعة الاتفاقات التى تمت بين الادارة وبين المتعاقد بخصوص استصلاح وتعمير منطقة المقطم والمنتزه بمثابة عقد امتياز يخضع للقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧[١] .

---

(١) فتوى قسم الرأى مجلس الدولة فى ٢٩ يوليو سنة ١٩٥٧ .

★ ويجرى مجلس الدولة الفرنسى على تغليب الجوانب الادارية فى الاتفاق على أساس ترجيح المصلحة العامة ، بحيث لا يهمل القضاء تلك الجوانب ، الا اذا كانت ضئيلة بالقياس الى الجوانب المدنية فى العقد .

★ على أنه بالرغم من المبدأ السابق ، فان الفصل فى الاتفاق المركب - بل وحتى فى نطاق العقد الواحد - بين الجوانب الادارية والمدنية متعين فى بعض الحالات ، كنتيجة لاعمال قواعد الاختصاص . ومرد ذلك الى الأحكام المنظمة لفكرة المسائل الأولية ، فالمسلم به فى القضاء الفرنسى أنه اذا علق الفصل فى موضوع النزاع على مسألة أولية تدخل فى اختصاص جهة أخرى فأنه يتعين الرجوع الى تلك الجهة للحصول على حكم منها فى المسألة الأولية قبل التصدى للموضوع ، وعلى هذا الأساس يجرى القضاء الادارى فى فرنسا على أن حسم المنازعات المتعلقة بالملكية والتى تثار عند التصدى للفصل فى المنازعات الخاصة بعقد ادارى ، انما هو من اختصاص القضاء المدنى[1] . كما أن تقدير مشروعية القرارات الادارية التى يثيرها النزاع بمناسبة عقد من عقود القانون الخاص أمام المحاكم القضائية ، هو من المسائل الأولية التى يتعين الاحالة فيه الى القضاء الادارى قبل الفصل فى الموضوع .

القاعدة الرابعة :

اختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء ادارى بنظر المنازعات المنصوص عليها بالمادة السادسة من قانون قطاع الأعمال رقم (٢٠٣)

تنص المادة السادسة على مايلى[2] :

«تستمر محاكم مجلس الدولة فى نظر الدعاوى والطعون الآتية التى رفعت اليها الى أن يتم الفصل فيها بحكم بات وفقا للقواعد المعمول بها حاليا وذلك دون حاجة إلى أى اجراء آخر .

أولا : الدعاوى التأديبية وطعون الجزاءات التأديبية وغيرها من الدعاوى المتعلقة بالعاملين بالشركات الخاضعة لاحكام هذا القانون متى كانت قد رفعت قبل العمل باللوائح المنصوص عليها فى المادة السابقة .

ثانيا : الدعاوى والطعون الأخرى التى تكون تلك الشركات طرفا فيها متى كانت قد رفعت قبل العمل بهذا القانون» .

---

(١) حكم النقض المدنى الصادر فى ٢٠ مايو سنة ١٩٤١ (دالوز سنة ١٩٤١ ص ٢٥٨) .

(٢) راجع قانون قطاع الأعمال العام (المحاماة - ملحق العددين التاسع والعاشر - نوفمبر وديسمبر ١٩٩١ م .

الفصــل الثانى

اختصاص القضاء الادارى بنظر الطلب المستعجل المتفرع عن عقد ادارى وإختصاصه باشكالات التنفيذ واعتبار حكم وقف التنفيذ حكما قطعيا ، والتمييز بين حجية الشيء المقضى ، وقوة الأمر المقضى ، ومدى تعدى الحكم بالغاء القرارات الادارية المتعلقة بالعقود الادارية

المبحث الأول

اختصاص القضاء الادارى بالطلب المستعجل بحسبانه نزاعا متفرعا عن عقد الادارى

ان الفصل فى موضوع الطلب المستعجل بحسبانه نزاعا متفرعا عن عقد ادارى[1] يدخل فى اختصاص القضاء الادارى الكامل باعتبار أن ذلك القضاء أصبح وحده صاحب الولاية فى الخصومات الخاصة بالعقود الادارية ، وهذا الاختصاص هو اختصاص شامل لأصل تلك المنازعات وما يتفرع عنها ، سواء اتخذت صورة القرار ، ومالم يتخذ منها هذه الصورة طالما توافرت فى المنازعة حقيقة التعاقد الادارى ، وعلى ذلك فان القضاء الادارى يفصل فى الطلبات العاجلة لا باعتبارها طلبات وقف تنفيذ متفرعة عن طلبات الالغاء ، ولكن باعتبارها من الطلبات الفرعية المستعجلة التى تعرض على قاضى العقد لاتخاذ اجراءات وقتية أو تحفظية لاتحتمل التأخير وتدعو اليها الضرورة لدفع خطر أو تدارك نتائج يتعذر تداركها الى حين الفصل فى موضوعها .

---

(١) محكمة القضاء الادارى «هيئة العقود الادارية والتعويضات» - القضية رقم ٦ لسنة ٢٣ قضائية - جلسة ١٣ ديسمبر ١٩٧٠ - مشار الى الحكم بمجموعة المبادىء القانونية التى قررتها محكمة القضاء الادارى من أول أكتوبر ١٩٧٠ حتى آخر سبتمبر ١٩٧١ ص ١٩٣ - ١٩٤ - (مرجع سابق) .

والقضاء الادارى حين يفصل فى تلك الطلبات العاجلة انما يلتزم بالطلبات المقررة فى طلبات الاستعجال - والسابق ايضاحها - وهى :

(أولا) : توافر ركن الاستعجال عندما تستظهر المحكمة الأمور التى يخشى عليها من فوات الوقت ، أو النتائج التى يعذر تداركها ، أو الضرر المحدق بالحق المطلوب المحافظة عليه .

(ثانيا) : جدية الأسباب وعنده تقف المحكمة عند حكم الظاهر من الأمور بما يمكن أن يؤدى الى الاقتناع بأرجحية اهدار القرار المطلوب وقفه دون التوغل فى أصل الموضوع حيث يترك سليما يتجادل فيه ذوو الشأن أمام الهيئة التى تفصل فى الموضوع .

ولابد أن يتوافر ركنان وهما : الاستعجال والجدية - لكى يقضى بوقف تنفيذ القرار أو اتخاذ الاجراء الوقتى - بحيث اذا تخلف أحدهما وجب وقف الدعوى .

وتجدر الاشارة الى مبدأ افتراض سلامة القرارات الادارية وقابليتها للتنفيذ طبقا للمادة (٤٩) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ والتى تنص على أنه «لايترتب على رفع الطلب الى المحكمة وقف تنفيذ القرار المطلوب الغائه على أنه يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف تنفيذه اذا طلب ذلك فى صحيفة الدعوى ورأت المحكمة أن نتائج التنفيذ قد يتعذر تداركها» على أن يلزم لوقف تنفيذ القرار المطعون فيه . بالاضافة الى ركن الاستعجال - أن يكون ادعاء الطالب قائما بحسب الظاهر على أسباب جدية ، يرجح معها الغاء القرار ، وكل من ركن الاستعجال وجدية الأسباب هو من الحدود القانونية التى تحد سلطة محكمة القضاء الادارى وتخضع بالتالى لرقابة المحكمة الادارية العليا[1] .

ويلاحظ أن الحكم بوقف التنفيذ قد يرد على جميع آثار القرار المطلوب الغاؤه ، وقد يقتصر على أثر بعينه من آثاره شأنه فى ذلك شأن الحكم بالغاء القرار المطعون فيه الغاء نسبيا ، أو الغاء مجردا .

---

(١) المحكمة الادارية العليا - القضية ٧٨٦ س١٨ ق - منشورة بمجموعة المبادىء القانونية التى قررتها المحكمة الادارية العليا - السنة العشرون - من أول أكتوبر ١٩٧٤ الى آخر سبتمبر ١٩٧٥ - ص ٨٢ - ٨٥ .

المبحث الثانى

اختصاص القضاء الادارى بنظر المنازعات المتعلقة بالقرارات المستقلة والقرارات التى تصدرها الجهة الادارية تنفيذا لعقد من العقود الادارية

تقول المحكمة الادارية العليا فى حكمها فى ١٤ من ابريل سنة ١٩٧٧ مايلى :

«من حيث أنه ينبغى فى ضوء هذا التنظيم لعملية العقد الادارى المركبة ، التفرقة بين نوعين القرارات التى تصدرها الجهة الادارية فى شأن العقود الادارية وهما :

(النوع الأول) : وهو القرارات التى تصدرها أثناء المراحل التمهيدية للتعاقد وقبل ابرام العقد وهذه تسمى القرارات المنفصلة المستقلة ، ومن هذا القبيل القرار الصادر بطرح العمل فى المناقصة أو بارسائها على شخص معين ، فهذه القرارات هى قرارات ادارية نهائية شأنها شأن أى قرار ادارى نهائى وتنطبق عليها جميع الأحكام الخاصة بالقرارات الادارية النهائية .

(النوع الثانى) : ينتظم فيه القرارات التى تصدرها الجهة الادارية تنفيذا لعقد من العقود الادارية ، واستنادا الى نص من نصوصه[1] كالقرار الصادر بسحب العمل ممن تعاقد معها والقرار الصادر بمصادرة التأمين أو بالغاء العقد ذاته ، فهذه القرارات يختص القضاء الادارى بنظر المنازعات التى تثور بشأنها لا على أساس اختصاصه بنظر القرارات الادارية النهائية وانما على أساس اعتباره المحكمة ذات الولاية الكاملة بنظر المنازعات الناشئة عن العقود الادارية بالتطبيق للبند الحادى عشر من المادة العاشرة من القانون رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة والذى يقضى باختصاص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل فى المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الاشغال العامة أو التوريد أو بأى عقد ادارى آخر ، وغنى عن البيان أن اختصاص القضاء الادارى بالنسبة الى هذا النوع الثانى من القرارات هو اختصاص مطلق لأصل المنازعات وما يتفرع عنها اذ ليست هناك جهة قضائية أخرى لها ولاية الفصل فى شىء من هذه المنازعات ، وهذا التنظيم القضائى يجعل القضاء الادارى مختصا بالفصل فى الطلبات

---

(١) يمكن التمييز بين نوعين عن القرارات ، وهما القرارات القابلة للانفصال «Détachable» والتى يجوز الغاؤها ووقف تنفيذها ، والقرارات غير القابلة للانفصال «Ratachable» والتى لايجوز الغاؤها أو وقف تنفيذها .

المستعجلة التي تنطوي على نتائج يتعذر تداركها أو طلبات يخشى عليها من فوات الوقت أو اتخاذ تدابير لاتحتمل التأخير أو اجراءات وقتية أو تحفظية حماية للحق الى أن يفصل فى موضوعه ، والقضاء الادارى اذ يفصل فى هذه الطلبات ، انما يفصل فيها سواء أكانت مطروحة عليه بصفة أصلية أم باعتبارها فرعا من المنازعة الأصلية المعروضة عليه وذلك على اعتبار أن القضاء الادارى هو وحده دون غيره قاضى العقد .

وتجدر الإشارة إلى مايلى :

عدم جواز الخلط بين الطلب المستعجل وبين طلب وقف التنفيذ

ونكرر القول بأن اختصاص جهة القضاء الادارى بالفصل فى المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية هو اختصاص شامل مطلق لأصل تلك المنازعات وما يتفرع عنها ، وللمحكمة أن تفصل فى الطلب المستعجل المتفرع من عقد ادارى ، مع عدم الخلط بين هذا الطلب وبين طلب وقف التنفيذ .

★ وفى ذلك تقول المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ٢٦ يناير ١٩٨٥ مايلى :

«ومن حيث أن طلب الالغاء وبالتالى طلب وقف التنفيذ لا يردان الا على القرار الادارى الذى تصدره جهة الادارة مفصحة عن ارادتها الملزمة استنادا الى السلطة التى خولتها أياها القوانين واللوائح - أما اذا كان الاجراء صادرا من جهة الادارة استنادا الى نصوص العقد الادارى وتنفيذا له ، فإن هذا الاجراء لا يعد قرارا اداريا وبالتالى لايرد عليه طلب الالغاء أو طلب وقف التنفيذ وانما يعد من قبيل المنازعات الحقوقية التى تعرض على قاضى العقد وتكون محلا للطعن باستعداء ولاية القضاء الكامل وغنى عن البيان أن اختصاص جهة القضاء الادارى بالفصل فى المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية اختصاص شامل مطلق لأصل تلك المنازعات وما يتفرع عنها شأن الطلبات المستعجلة ، فمادامت مختصة بنظر الأصل فهى مختصة بنظر الفرع أى الطلب المستعجل ، كل مافى الأمر أن المحكمة تفصل فى الطلب المستعجل المفرع عن العقد الادارى فى الحدود وبالضوابط المقررة للفصل فى الطلبات

- وقد توسع مجلس الدولة الفرنسى فى القرارات القابلة للانفصال عن العقد . ليس فقط للغير ، ولكن للطرفين ، ويعتبر عملا قابلا للانفصال كل قرار سابق عن الابرام النهائى للعقد بمافى ذلك القرار الذى بمقتضاه تقرر الجهة الادارية ابرام العقد أو اقراره أو رفض ذلك .

(راجع «أحكام المبادىء فى القضاء الادارى الفرنسى» ترجمة الدكتور/ أحمد يسرى - رئيس مجلس الدولة سابقا - س ١٩٩١ - ص ٨٨) .

المستعجلة بأن تستظهر الأمور التى يخشى عليها من فوات الوقت أو النتائج التى يتعذر تداركها أو الضرر المحدق بالحق المطلوب المحافظة عليه ثم تستظهر بعد ذلك جدية الأسباب أو عدم جديتها بالنسبة اليها فى ظاهرها - بيد أن الطلب المستعجل فى هذه الحالة لا يخلط بينه وبين طلب وقف التنفيذ لأنه لا يتعلق بقرار ادارى وانما ينبثق عن رابطة عقدية ويدخل فى منطقة العقد وتستنهض له ولاية القضاء الكامل دون ولاية الالغاء .

ومن حيث أن مدار المنازعة فى الدعوى الماثلة رهين فى جوهره بمدى حقوق طرفيها عند نهاية مدة الالتزام سواء بالنسبة الى عقد الالتزام الأصلى أو التكميلى المبرمين بين الجهة الادارية وشركة أسمدة الشرق فى ٨ من أغسطس سنة ١٩٤٥ بخصوص تحويل قمامة القاهرة وضواحيها ومخلفات المذابح العمومية والفرعية بها الى أسمدة عضوية وغيرها وما ترنو اليه الشركة المدعية بطلبها المستعجل من الحفاظ على ما تدعيه من حقوق يخشى عليها من فوات الوقت - ومثل هذه المنازعات جميعا لا تجاوز حقيقة العقد الادارى ولا تنبو عن دائرته ومن ثم تدخل فى ولاية القضاء الكامل دون ولاية الالغاء[1] .

وبناء على ذلك فأن اختصاص القضاء الادارى ليس مقصورا على المنازعات المتعلقة مباشرة بالعقد ، سواء فى تكوينه أو تنفيذه أو انهائه ، بل يمتد اختصاصها الى كل ما يتفرع عن ذلك ، وعلى هذا الأساس قضت محكمة القضاء الادارى باختصاصها بالنظر فى جميع الطلبات المستعجلة المتعلقة بالعقود الادارية . ومن ثم فإن المحكمة مختصة بالفصل - بصفة مستعجلة فى طلب وقف تنفيذ القرار الصادر بفسخ عقد توريد ، كما تختص بالحكم بتعيين حارس اذا اقتضى الأمر ، وتختص أخيرا بالفصل فى طلب وقف تنفيذ القرار الصادر باستيلاء الحكومة على الأدوات والمهمات المملوكة للمتعاقد والموجودة فى محل العمل ، لأن المنازعات تتعلق بعقد أشغال عامة وهو من العقود الادارية التى تختص بها هذه المحكمة .

وقد حرصت المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ٢٨ ديسمبر سنة

---

(١) مجموعة المبادىء القانونية التى قررتها المحكمة الادارية العليا فى ١٥ سنة - ١٩٦٥ - ١٩٨٠ - الجزء الأول - ٦٠٥ - ٢٣ (١٩٨٠/١/٢٦) ٤٩/٢٥ . (بند ١٠٣ ص ١٨١ - ١٨٢) .

١٩٦٣ على أن توضح أن القضاء الادارى حين يفصل فى الوجه المستعجل من المنازعة المعروضة المستندة الى العقد الادارى انما يفصل فى ذلك « ... على اعتبار أنه من الطلبات الفرعية المستعجلة التى تعرض على قاض العقد لاتخاذ اجراءات وقتية أو تحفظية لا تحتمل التأخير ، وتدعو اليها الضرورة لدفع خطر ، أو نتائج يتعذر تداركها الى أن يفصل فى موضوعه» .

ومن المسائل المستعجلة التى قضت محكمة القضاء الادارى باختصاصها بنظرها دعاوى اثبات الحالة ، لأن دعوى اثبات الحالة كما تقول المحكمة « ... ليست أكثر من اجراء من الاجراءات التحفظية التى تتم على نفقة رافع الدعوى ، وتوفر للطرفين المتنازعين حلا سريعا ، يمهد للفصل فى موضوع الحق - وهى مصلحة يقرها القانون ، ولو كانت محتملة مادام الغرض من اثبات هذا الحق هو رفع ضرر محقق يتعذر تلافيه مستقبلا» .

بل لقد ذهبت المحكمة فى هذا الحكم ، الى أنها وحدها المختصة بالفصل فى مثل تلك المنازعات « ... ولم تعد جهة قضائية أخرى لها ولاية الفصل فى شيء من هذه المنازعات ، وأن هذا التنظيم القضائى يجعل اختصاص القضاء الادارى بالفصل فى الطلبات المستعجلة متفرعا عن اختصاصها بنظر الموضوع الأصلى ...» .

وكذلك قضت المحكمة باختصاصها بالفصل فى طلب التعويض بقولها «ومن حيث أن اختصاص محكمة القضاء الادارى بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية كما رددته المادة العاشرة ... هو اختصاص مطلق شامل لأصل تلك المنازعات ولجميع مايتفرع عنها ... ومن حيث أن دعوى البلدية تقوم على المطالبة بتعويض عما لحقها من خسارة بسبب عدم انتفاعها بالسيارة المحكوم بملكيتها لها ، بناء على التزام النقل بالسيارات وبقائها تحت يد الشركة المُدعى عليها بسوء نية تنتفع هى بها ، ولم تقم بتسليمها تنفيذا للحكم الصادر من هيئة التحكيم بأيلولة ملكية هذه السيارة للحكومة وتسليمها لها تنفيذا لشروط عقد الالتزام .

وأخيرا فقد جاء فى حكم المجلس الصادر فى ١٤ ابريل سنة ١٩٥٦ أن مقتضى كون اختصاص محكمة القضاء الادارى فى مجال العقود الادارية مطلقا شاملا لأصل النزاع ومايتفرع عنه ... أن يكون للمحكمة ولاية القضاء كاملة» .

المبحث الثالث

اختصاص القضاء الادارى بنظر دعوى إثبات حالة المخالفات المنسوبة لجهة الادارة بشأن التزاماتها الناشئة عن عقد ادارى

★ جدير بالاحاطة أنه يشترط لقبول طلب اثبات الحالة ألا يترتب على الحكم المستعجل الصادر فى هذا الشأن أى مساس بأصل الحق بمعنى أنه لا يجوز فى نظر الشق المستعجل عند الحكم باثبات الحالة تفسير أو تأويل العقود أو الاتفاقات المبرمة بين الطرفين للتأكد من جدية حق المدعى ، اذ ليس للقاضى سلطة الموازنة بين حقوق الخصوم عند الفصل فى طلب اثبات الحالة ، كما يمتنع عليه أن يصدر حكما باثبات الحالة يتعارض مع هذه الحقوق ، بل يجب أن تكون مهمة القاضى مقصورة على اثبات وقائع معينة يصح أن تكون محل نزاع أمام القضاء بصرف النظر عن احتمال أو عدم احتمال كسب الدعوى موضوعا ، الا أن القضاء قد جرى مراعاة للعدالة على تكليف الخبير بتحديد مدى الضرر الذى أصاب أحد الطرفين بفعل الآخر والمبلغ اللازم للتعويض اذا كان لا يمكن تحديد الضرر عند طرح النزاع أمام محكمة الموضوع ، ولكن ذلك يخضع لسلطة القاضى التقديرية طبقا لواقعات وملابسات الدعوى .

★ فاذا كانت الحالة المطلوب معاينتها واثباتها لا يخشى عليها من التغيير أو الزوال بمرور الوقت أو كانت الحالة قديمة أو تقوم على أوراق أو مستندات رسمية ، فلا يختص القاضى باثبات حالتها لعدم توافر ركن الخطر المبرر لاختصاصه .

★ ولا يجوز للقاضى أن يكلف الخبير المنتدب فى دعوى اثبات الحالة بسماع شهود بلا يمين أو الاستعانة بآراء بعض الفنيين ، الا اذا كانت هناك ضرورة ملحة تدعو لذلك .

★ ويجوز للخصوم الطعن على أعمال الخبير بسبب عدم قيامه بأداء المأمورية وفقا لما رسمه الحكم التمهيدى .

★ فإذا تبين للقاضى أن هناك نقصا جسيما بأداء المأمورية فيحق له أن يندب خبيرا آخر لأداء المأمورية ، كما يجوز للقاضى أن يعيد المأمورية لنفس الخبير المنتدب لاستيفاء الأعمال الناقصة اذا كان قد أغفل بحثها .

★ واذا ظهر من تقرير الخبير واقعة مادية جديدة ولم يسبق طرحها على القاضى المستعجل ، فيجوز له انتداب الخبير السابق لإجراء معاينة تكميلية ، أو لمباشرة مأمورية تكميلية لتحقيق هذه الواقعة الجديدة متى كانت متعلقة بالواقعة الأصلية .

★ كما يجوز للقاضى استدعاء الخبير لمناقشته اذا كان الغرض من ذلك استجلاء ما أغلق على الخصوم فهمه بسبب غموض فى عبارات التقرير أو فى نتيجته .

★ أما المطاعن الموضوعية التى يوجهها الخصوم على تقرير الخبير فهى تخضع لرقابة قاضى الموضوع .

★ وجدير بالذكر أن مهمة الخبير مقصورة على تحقيق الواقع فى دعوى اثبات الحالة وابداء رأيه فى المسائل الفنية التى تدخل فى نطاق تخصصه والتى يصعب على القاضى استقصاء كنهها بنفسه دون المسائل القانونية التى يتعين على الحكم أن يقول كلمته فيها(١) .

★ وجدير بالملاحظة أن محكمة الموضوع غير ملزمة باجابة طلب الخصوم بندب خبير فى الدعوى ، متى وجدت فيها ما يكفى لتكوين عقيدتها(٢) .

★ وغنى عن البيان أن القضاء العادى لا يختص بنظر دعاوى اثبات الحالة المتصلة بمنازعات العقود الادارية ، وقد أيدت محكمة النقض ذلك الرأى فى حكمها الصادر فى الطعن رقم ٣٥٣ بجلسة ١٩٦٥/٣/٣١ حيث تقول :

مقتضى مانصت عليه المادة العاشرة من القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ بشأن تنظيم مجلس الدولة وما يقابلها من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٥ خروج المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأى عقد ادارى آخر عن ولاية المحاكم وبالتالى خروج المسائل المستعجلة التى يخشى عليها من فوات الوقت – ومنها دعاوى اثبات الحالة – الناشئة عن هذه العقود أو المتعلقة

---

(١) نقض ١٩٧٥/١٢/٢٣ – س ٢٦ – ص ١٦٥٤ .
(٢) نقض ١٩٧٨/٣/١ – س ٢٩ – ص ٦٥٨ .

بها ، عن ولاية القضاء المستعجل ، فاذا كان الثابت فى الدعوى أنها رفعت بطلب ندب خبير لاثبات حالة المخالفات التى تسببها المطعون عليهما الى جهة الادارة ، واخلالها بالتزاماتها الناشئة عن عقد التزام استغلال مرفق النقل الداخلى بمصيف رأس البر وتقدير الضرر الناشىء عن هذه المخالفات وقضى الحكم المطعون فيه برفض الدفع بعدم اختصاص القضاء المستعجل بالنظر فيها ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه»(1) .

وتجدر الاشارة الى حكم حديث من أحكام المحكمة الادارية العليا صدر فى الطعن رقم ٥٢٧ لسنة ٢٥ ق وأثبت مايلى فى شأن دعوى إثبات الحالة :

«دعوى اثبات الحالة دعوى مستقلة قائمة بذاتها لا غنى عن وجوب تحضيرها وتقديم تقرير فيها من قبل هيئة مفوضى الدولة . لا سبيل الى الخلط بينها وبين طلب وقف تنفيذ القرار الادارى ذلك أنه لئن جمعت بينهما ظروف الاستعجال التى لا محيص عن وجوب توافرها فى كليهما الا أن طلب وقف التنفيذ لا يتمخض ابدا عن دعوى مستقلة قائمة بذاتها وعلى أساس ذلك فإن صدور حكم فى دعوى اثبات الحالة قبل أن تقوم هيئة مفوضى الدولة بتهيئتها للمرافعة وتقديم تقريرها فيها يكون الحكم قد شابه بطلان جوهرى .

وجاء بحيثيات الحكم مايلى :

«ومن حيث أن دعوى اثبات الحالة دعوى مستقلة قائمة بذاتها لا غنى عن وجوب تحضيرها وتقديم تقرير فيها من قبل هيئة مفوضى الدولة ، ولا سبيل الى الخلط بينها وبين طلب وقف تنفيذ القرار الادارى ، وذلك أنه لئن جمعت بينهما ظروف الاستعجال التى لا محيص عن وجوب توافرها فى كليهما ، الا أن طلب وقف التنفيذ لا يتمخض أبدا دعوى مستقلة قائمة بذاتها ولا يقبل الادعاء به بصريح نص المادة ٤٩ من قانون مجلس الدولة المشار اليه مالم يرتبط بدعوى موضوعية بطلب فى

---

(1) نقض رقم ٣٥٣ سنة ٣٠ ق - جلسة ١٩٦٥/٣/٣١ س ١٦ - ص ٤٢٥ .

★ جدير بالإحاطة أن القواعد والأحكام المتعلقة بندب الخبراء لا تختلف أمام القضاء الادارى عن تلك الواردة بالباب الثامن من قانون الإثبات رقم ١٢٥ لسنة ١٩٦٨ وتحيل اليها وهى المشار إليها إبتداء من المادة (١٣٥) وحتى المادة (١٦٢) .

صحيفتها وقف التنفيذ وهذه الدعوى الأصلية دون طلب وقف التنفيذ المقترن بها هى التى تستلزم لها اجراءات تحضير الدعوى من قبل هيئة المفوضيين . أما دعوى اثبات الحالة كدعوى مستقلة لم يرد فى شأنها مثل القيد المنصوص عليه فى المادة ٤٩ (من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢) المشار اليها فلا معدى عن وجوب تحضيرها - ضمان سائر الدعاوى - من قبل هيئة مفوضى الدولة تحضيرا يوائم طبيعتها ولا يخل بطابع الاستعجال الذى لاينفك عنها .

ومن حيث أن الثابت من الأوراق أن الحكم الطعين صدر فى الدعوى قبل أن تقوم هيئة مفوضى الدولة بتهيئتها للمرافعة وتقديم تقريرها فيها ومن ثم شابه بطلان جوهرى على وجه يقتضى القضاء بالغائه واعادة الدعوى للفصل فيها مجددا من دائرة أخرى من دوائر محكمة القضاء الادارى بعد أن تقدم هيئة مفوضى الدولة تقريرها فيها .

فلهذه الأسباب :

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلا وفى موضوعه بالغاء الحكم المطعون فيه وباعادة الدعوى الى محكمة القضاء الادارى للفصل فيها مجددا من دائرة أخرى»[1] .

المبحث الرابع

اعتبار حكم وقف التنفيذ حكما قطعيا ، ومدى تعدى أثر الحكم بالغاء القرارات الادارية المتعلقة بالعقود الادارية

(أولا) : اعتبار حكم وقف التنفيذ حكما قطعيا له مقومات الأحكام أو خصائصها[*] :

ان مجلس الدولة حين يفصل فى طلب وقف التنفيذ أنما يصدر حكما ، وهذا الحكم ، كما تقول المحكمة الادارية العليا (فى حكمها الصادر فى ٥ نوفمبر سنة ١٩٥٥ س ١ ص ٦٤) : «وان كان حكما مؤقتا ، بمعنى أنه لايقيد المحكمة عند نظر

---

(١) حكم المحكمة الادارية العليا - فى الطعن رقم ٥٢٧ لسنة ٢٥ ق - جلسة ١٩٨١/٢/٢٨ .

(*) راجع فى هذا الشأن أيضا حكم محكمة القضاء الادارى فى القضية رقم ١٤٣٥ لسنة-

أصل طلب الالغاء ، الا أنه حكم قطعي ، وله مقومات الأحكام وخصائصها ، ويحوز قوة الشيء المحكوم فيه في الخصوص الذي صدر فيه ، طالما لم تتغير الظروف ، وبهذه المثابة يجوز الطعن فيه أمام المحكمة الأدارية العليا استقلالا ، شأنه في ذلك شأن أي حكم انتهائي ...» (وذلك على فرض أن الحكم صدر من محكمة القضاء الإداري) .

ولكن اذا كان الحكم الصادر في طلب وقف التنفيذ - كقاعدة عامة - لا يقيد المحكمة عند التعرض للفصل في طلب الالغاء ، فالى أي مدى تصل حريتها في هذا الخصوص ؟ لقد تباين الرأى بين محكمة القضاء الاداري والمحكمة الادارية العليا في هذا الصدد على النحو التالي :

فمحكمة القضاء الاداري في حكمها الصادر في ٢٩ يناير سنة ١٩٥٧ (س ١١ ص ١٨٠) تقول :

« ... استقر قضاء هذه المحكمة على أن الحكم الذي تصدره محكمة وقف التنفيذ هو حكم قطعي ، له مقومات الاحكام وخصائصها ويحوز قوة الشيء المقضي به بالنسبة للوجه المستعجل للنزاع فقط ، وتتقيد به المحكمة بوصفه الجانب المستعجل للنزاع بحيث لا يجوز لها العدول عنه ، كما لايجوز لأصحاب الشأن اثارة النزاع أمامها من جديد ، طالما أن الظروف الملابسة له لم تتغير ولكنه لا يقيد تلك المحكمة عندما تقضي في موضوع طلب الالغاء ، لأن حكمها الأول حكم وقتي ويتناول الوجه المستعجل للنزاع فقط دون المساس بأصل الموضوع . ومن ثم يجوز للمحكمة عند نظر موضوع دعوى الالغاء العدول عنه كليا أو جزئيا ، بما في ذلك ما تكون المحكمة قد فصلت فيه من دفوع أبديت أمامها من الخصوم بقصد التدليل على عدم جدية طلب وقف التنفيذ ، لأنه اذا كان من المسلم به أن الدفوع بصدد أية دعوى تعتبر من المسائل المتفرعة عنها ،

- ٢٥ ق - جلسة ١٩٧٢/٤/٤ - منشور بمجموعة المبادىء القانونية التي قررتها محكمة القضاء الاداري - السنة ٢٦ من أول أكتوبر ١٩٧١ حتى آخر سبتمبر ١٩٧٢ .

وجاء بالحكم مايلي :

«الحكم الذي يصدر في موضوع طلب وقف التنفيذ ولئن كان مؤقتا تطبيقه ، فالتأقيت يعني أن الحكم بوقف التنفيذ أو عدمه لا يمحي أصل طلب الالغاء لأن الحكم الصادر في طلب وقف التنفيذ يعتبر حكما قطعيا له مقومات الأحكام وخصائصها - كذلك يجوز حجية الأحكام في خصوص موضوع الطلب طالما لم تتغير الظروف .

وكانت القاعدة أن الفرع يتبع الأصل ويأخذ حكمه ، فلا يستساغ أن يكون للحكم الصادر من محكمة وقف التنفيذ فى الدفوع التى تثور أمامها قوة تفوق الحكم الصادر منها في موضوع طلب وقف التنفيذ ذاته . ومن ثم يكون الدفع بعدم جواز اعادة النظر في الدفعين بعدم الاختصاص وبعدم القبول على غير أساس من القانون متعينا رفضهما ، أوالبحث فى صحتهما من جديد» .

ولكن المحكمة الادارية العليا ، حيث طعن أمامها فى حكم محكمة القضاء الادارى السابق ، رفضت النتيجة التى انتهى اليها الحكم ، وقررت فى حكمها الصادر فى ١٢ ابريل سنة ١٩٥٨ (س ٢ ص ١١٠٣) **أنه إذا كان حقا أن الحكم الذى يصدر فى موضوع الطلب سواء بوقف التنفيذ أو عدمه على حسب الظاهر الذى تبدو به الدعوى لا يمس أصل طلب الالغاء ، فلايقيد المحكمة عند نظر أصل هذا الطلب موضوعا ، فانه يجب ألا يغرب عن البال أن الحكم الصادر فى طلب وقف التنفيذ - كما قررت محكمة القضاء الادارى نفسها - هو حكم قطعى ، وله مقومات الأحكام وخصائصها .**

ويبنى على ذلك أنه يحوز حجية الأحكام فى خصوص موضوع الطلب ذاته ، ولو أنه مؤقت بطبيعته طالما لم تتغير الظروف ، كما يحور هذ الحجية من باب أولى بالنسبة لما فصلت فيه المحكمة من مسائل فرعية قبل البت فى موضوع الطلب كالدفع بعدم اختصاص القضاء الادارى أصلا بنظر الدعوى لسبب متعلق بالوظيفة أو بعدم اختصاص المحكمة أصلا بنظرها بحسب موضوعها أو بعدم قبولها أصلا لرفعها بعد الميعاد أو لأن القرار المطعون فيه ليس نهائيا ، اذ قضاء المحكمة فى هذا كله ليس قطعيا فحسب ، بل هو نهائى أيضا ، وليس مؤقتا ، فيقيدها عند نظر طلب الغائه . فما كان يجوز لمحكمة القضاء الادارى - والحالة هذه ، بعد اذ فصلت بحكمها الصادر فى ٣ من مايو سنة ١٩٥٣ برفض الدفعين بعدم الاختصاص ، وبعدم قبول الدعوى وبوقف تنفيذ القرار - أن تعود عند نظر طلب الالغاء فتفصل فى هذين الدفعين من جديد ، لأن حكمها الأول كان قضاء نهائيا ، وحاز حجية الأحكام ثم قوة الشىء المحكوم به ، ولو أنها قضت على خلاف ما قضت به أولا لكان حكمها معيبا لمخالفته لحكم سابق حاز قوة الشىء المحكوم به وكان واجبا الغاؤه .

★ ويرى الفقه ونحن نؤيده أن ما انتهت اليه المحكمة الادارية العليا صحيح فى هذا الخصوص ، ذلك أن طبيعة اجراء وقف التنفيذ توجب أن تحتفظ المحكمة بحريتها

فى الغاء القرار أو عدم الغائه بصرف النظر عن حكمها الصادر بوقف تنفيذه ، حتى لايكون حكمها السريع فى طلب وقف التنفيذ حائلا بينها وبين أعمال حكم القانون السليم فيما يتعلق بمشروعية القرار المطلوب الغاؤه . وهذا الاعتبار لاأثر له فيما يتعلق بالفصل فى الدفوع ، لأن محكمة وقف التنفيذ تفصل فيها عن بصيرة وبينة ، فلا محل للعودة الى مناقشتها من جديد ، فذلك مالا يتفق وحجية الأحكام .

ووقف التنفيذ وأن كان يتم بحكم ، الا أنه اجراء وقتى يظل معلقا على نتيجة الحكم فى طلب الالغاء ، فيزول كل أثر للحكم اذا رفضت الدعوى موضوعيا ، ويصبح غير ذى موضوع اذا حكم بالغاء القرار .

ومن ناحية أخرى فان وقف التنفيذ قد يرد على جميع آثار القرار المطلوب الغاؤه ، وقد يقتصر على أثر بعينه من آثاره ، شأنه فى ذلك شأن الحكم بالغاء القرار .

وجدير بالذكر أن التنازل عن الخصومة أمام محكمة القضاء الادارى ينسحب أثره الى طلب وقف التنفيذ ، ويؤدى الى الحكم بالغاء الحكم بوقف التنفيذ السابق صدوره قبل التنازل والمنظور أمام المحكمة الادارية العليا[1] .

وتجدر الإشارة إلى أن الحكم الصادر فى طلب وقف التنفيذ يجوز الطعن فيه استقلالا باعتباره حكما قطعيا وله مقومات الأحكام التى يجوز الطعن فيها أمام المحكمة المختصة ، فاذا كان صادر من المحاكم الادارية فيمكن استئنافه أمام محكمة القضاء الادارى بهيئة استئنافية ، واذا كان صادرا من محكمة القضاء الادارى أو المحاكم التأديبية فيمكن الطعن فيه أمام المحكمة الادارية العليا بشرط توافر الشروط المتعلقة بقبول الدعوى .

★ وخلاصة القول أن الأحكام المستعجلة وأحكام وقف التنفيذ تعد أحكاما قضائية بالمعنى الفنى وهى لهذا تتمتع بما تتمتع به الأحكام الأخرى من حصانات وأهمها حجية الأمر المقضى بالمعنى الفنى ، لأنها صورة من صور الحماية القضائية ولا يحول دون ذلك القول بأنها حجية مؤقتة لأن تأقيت الحماية لا يمنع من كونها حماية قضائية ، اذ أن الأحكام الموضوعية ذاتها تحوز حجية مؤقتة ، قلقة مادام الطعن فيها جائز ، واذا كان الحكم الوقتى لا يقيد محكمة الموضوع ، ولاأثر له فى ثبوت الحق

---

(١) حكم المحكمة الادارية العليا فى ١١ مارس سنة ١٩٦١ س ٦ ص ٧٩٢ .

أو نفيه ، فان ذلك لا يرجع الى كون الحكم الوقتى لا يحوز الحجية ، وانما يرجع الى اختلاف الدعوى الموضوعية عن الدعوى التى صدر فيها الحكم المستعجل ، موضوعا وسببا ، اذ أن الحجية القضائية انما هى حجية نسبية تقتصر على المسألة التى فصل فيها الحكم خصوما وموضوعا وسببا[1] .

وبناء على ماتقدم تؤكد أن الأحكام الوقتية تحوز الحجية القضائية المانعة من اعادة نظر ما فصلت فيه طالما لم تتغير عناصر المسألة ، أو لم تتغير الظروف التى صدرت فيها هذه الأحكام ، وفضلا عن هذه الحجية ، فان الأحكام الوقتية تعد أحكاما قطعية ، حاسمة للنزاع فى مسألة معينة ، ومن ثم تستنفذ ولاية القاضى الذى يصدرها ، فلا يجوز العدول عنها أو التعديل فيها الا اذا تغيرت الظروف التى صدرت فيها ، فالتسليم بحجية هذه الأحكام يفترض حتما التسليم بقطعيتها الأمر الذى يؤدى الى استنفادها لولاية القاضى الذى يصدرها .

ونبين فيما يلى مفهوم قطعية الحكم ، ومفهوم الأحكام الموضوعية :

(أ) مفهوم قطعية الحكم :

القطعية بمعناها الاصطلاحى فى هذا الخصوص ، هى الحسم الملزم لمسألة معينة ، وبعبارة أخرى الحسم القضائى لمسألة من المسائل حسما للنزاع حولها بين الخصوم ، لا رجوع فيه ولا عدول عنه ، من جانب المحكمة التى أصدرت العمل القطعى ، ومن جانب الخصوم الا فى الحدود التى يقررها المشرع .

★ ومن هنا يكون الحكم قطعيا ان كان فاصلا فى نزاع بين الخصوم حول مسألة معينة ، فصلا لا تستطيع المحكمة العدول عنه . وهذا ما تقتضيه طبائع الأشياء ، اذ أن القاضى بحكمه هذا ، يكون قد استفرغ جهده فى بحث المسألة التى فصل فيها ، واستنفد كل طاقاته الذهنية ، ونشاطه الفكرى فى تكوين الرأى القانونى فيما عرض عليه ، وقد أثر ذلك الجهد وهذا النشاط فى القرار الحاسم الذى انتهى اليه ، والذى يعد تتمة طبيعية للجهد الذى بذل فى الخصومة سواء من جانب الخصوم أو من جانب القاضى . فقد تقدم الخصوم بكل طلباتهم وتقدموا بكل ما لديهم من أدلة لاثباتها ، وأثاروا كل ما تجمع لديهم من دفاع ودفوع . ومن ناحية أخرى ، فقد عكف القاضى

---

(١) راجع الطعن رقم ٢٣٢ س ٢٦ ق عليا جلسة ١٩٨٦/١١/٢٣ مشار اليه بمجموعة العليا ج أول من أكتوبر ٨٦ حتى فبراير ٨٧ ص ٢٦٥ ومابعدها .

على دراستها ، وانكب على تقديرها ووصل بذلك الى ما وصل اليه من قرار مقيد له ولهم . ولا يكون – والأمر كذلك – من الخير أو حسن أداء العدالة ، تكرار هذا الجهد ثانية ، لأن ذلك يؤدى الى تأبيد المنازعات مما يعصف بالاستقرار القانونى للأوضاع والمراكز التى تحرص التشريعات على تحقيقها .

★ والقطعية بهذا المعنى ، لاتعنى الفصل فى موضوع الدعوى المطالب به فحسب ، وانما تعنى الفصل فى مسألة من المسائل ، مثارة فى الخصومة ، أما من الخصوم ، وأما من القاضى نفسه فحسب ، لتعلقها بالنظام العام ، سواء كانت مسألة موضوعية – فى موضوع الدعوى أو فى شق منها – أو اجرائية كالاختصاص أو الولاية أو صحة أو بطلان المطالبة وما الى ذلك ، وعلى هذا يعرف الفقه الحكم القطعى بأنه الذى يحسم النزاع فى مسألة معينة ، متعلقة بموضوع الدعوى كله أو جزء منه ، أو بمسألة متفرعة عنه وقد عرفته محكمة النقض بأنه الذى يضع حدا للنزاع فى جملته أو فى جزء منه أو فى مسألة متفرعة عنه ، بفصل حاسم لا رجوع فيه من جانب المحكمة التى أصدرته ولكنه يخضع لطرق الطعن فى الأحكام .

أما الحكم الذى لا يتضمن حسما للنزاع أو حلا لخلافات بين الخصوم فى مسألة معينة ، فلا يدخل فى عداد الأحكام القطعية التى تستنفد ولاية المحكمة التى أصدرته فجدير بالذكر أن اعتبار الدعوى كأن لم تكن وأن كان يترتب عليه الغاء اجراءاتها إلا أنه لا يسقط الحق فى الأحكام القطعية الصادرة فيها أى أن اعتبار الدعوى كان لم تكن لايؤثر على ماتضمنه الحكم من قضاء قطعى[1] .

(ب) مفهوم الأحكام الموضوعية :

هى تلك التى تصدر فى موضوع الدعوى ، أى الحق أو المركز القانونى محل الادعاء . سواء بتأكيد وجوده أو نفى هذا الوجود . ويعد الحكم موضوعيا سواء كان صادرا باجابة المدعى الى طلباته كلها أو رفضها ، أو اجابة بعض طلباته دون البعض الآخر ويكون الحكم موضوعيا اذ كان فاصلا فى دفع من الدفوع الموضوعية ، وسواء كان صادرا بقبول الدفع أو رفضه .

---

(١) الطعن بالنقض رقم ٤٣١ لسنة ٤١ ق – جلسة ٧٥/١٢/٢٢ – س ٢٦ – ص ١٦٤٦ ، مشار اليه بمجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاماً – جـ ١ – المجلد الرابع ١٩٨٧ – ص ٣٩٣٠ – ٣٩٣١ بند ١١٨ .

وتعد الأحكام الموضوعية من أهم الأحكام القضائية قاطبة ، نظرا لما تلعبه من دور هام فى الحياة القانونية . فالاستقرار القانونى لا يتحقق الا بها ، فهى تحقق اليقين القانونى حول وجود أو عدم وجود الحق أو المركز القانونى محل الادعاء ، فهى تشتمل على الرأى القضائى الملزم للخصوم وللقضاء معا ، فلا يجب على الخصوم اعادة المناقشة أو لمنازعة حول ما قضى به الحكم الموضوعى فلا يمكن لهم رفع الأمر ثانية الى القضاء ، كما يجب على المحاكم الأخرى أن تحترم ماقضى به الحكم الموضوعى الصادر من غيرها فى الخصومات المستقبلة والتى يثار فيها ماقضى به حكم سابق ، ولذا تكتسب الأحكام الموضوعية فاعلية خارجية تتمثل فى ضرورة احترام ماقضى به الحكم مستقبلا من جانب الخصوم والقضاء معا ، وهذه الفاعلية هى ما يطلق عليها حجية الأمر المقضى .

المبحث الخامس

(التمييز بين حجية الشيء المقضى وقوة الأمر المقضى) ومدى تعدى الحكم بالغاء القرارات الادرية المتعلقة بالعقود الادارية

L,autorité de la chose jugée et force de la chose jugee

أولا : التمييز بين حجية الشيء المقضى وقوة الأمر المقضى :

★ ان حجية الأمر المقضى معناها أن للحكم حجية فيما بين الخصوم ، وبالنسبة الى ذات الحق محلا وسببا .

أما قوة الأمر المقضى فهى المرتبة التى يصل اليها الحكم اذا أصبح نهائيا غير قابل للطعن فيه بأى طريق من طرق الطعن الاعتيادية وان ظل قابلا للطعن فيه بطريق غير اعتيادى[1] .

---

(١) وفى ذلك تقول محكمة النقض مايلى :-

«قوة الأمر المقضى صفة تثبت للحكم النهائى ، ولا يمنع من ثبوت هذه الصفة أن يكون الحكم مما يجوز الطعن فيه بطريق النقض أو أنه طعن فيه بالفعل» .

(طعن ٨٩١٥ لسنة ٤٤ ق - جلسة ١٩٧٨/٣/٣٠ س ٣٩ ق - ص ٩٣٢) .

فالحكم القطعى نهائيا كان أو ابتدائيا حضوريا أو غيابيا ، تثبت له حجية الشيىء المقضى لانه حكم قضائى فصل فى خصومة - ولكن هذا الحكم لا يحوز قوة الأمر المقضى الا اذا أصبح نهائيا غير قابل للطعن فيه بطريق اعتيادى ، والا فانه لا يحوز هذه القوة ، ولكن تكون له حجية الشىء المقضى . وتبقى هذه الحجية قائمة مادام الحكم قائما . فاذا ما طعن عليه بطريق اعتيادى كاستئناف أوقفت حجيته واذا ألغى نتيجة للطعن زال وزالت معه حجيته ، أما اذا تأيد ولم يعد قابلا للطعن بطريق اعتيادى بقيت له حجية الأمر المقضى وانضافت لها قوة الشىء المقضى[1] .

وعلى هذا فان حجية الشىء المقضى تثبت للاحكام القطعية بمجرد صدورها بصرف النظر عن قابليتها للطعن فيها بطرق الطعن العادية وغير العادية ، فى حين ان قوة الأمر المقضى مرتبة اعلى يصل اليها الحكم اذا أصبح نهائيا أى غير قابل للطعن فيه بطرق الطعن العادية كالمعارضة والاستئناف ، وان ظل قابلا للطعن فيه بطريق غير اعتيادى كالنقض والتماس إعادة النظر ، وبذلك يمكن أن يكون كل حكم حائزا لقوة الأمر المقضى حائزاً أيضا لحجية الشىء المقضى ولكن العكس غير صحيح[2] .

وبعد الاشارة الى تلك المبادىء العامة ننتقل الى ما يتعلق بأحكام القضاء الادارى ، فنعرض حكما هاما للمحكمة الادارية العليا يتناول الشروط اللازمة لقيام حجية الأمر المقضى حيث تقول :

«إن ثمة شروطا لقيام حجية الأمر المقضى وهذه الشروط قسمين ، قسم يتعلق بالحكم ، وهو أن يكون حكما قضائيا ، وأن يكون حكما قطعيا ، وأن تكون

---

(١) الاستاذين/ عز الدين الدناصورى ، وحامد عكاز/ «التعليق على قانون الاثبات» - ١٩٨٤ - مرجع سابق - ص ٣٦٩ ومابعدها .

(٢) الدكتور/ سليمان مرقص : «أصول الاثبات فى المواد المدنية» - ١٩٥٢ - ص ٢٧٩ .

وكذلك : دكتور/ حسنى سعد عبد الواحد : «تنفيذ الأحكام الادارية» - رسالة دكتوراه - ١٩٨٤ - حقوق القاهرة - ص ١٥ ومابعدها .

ومما تجدر الاشارة اليه أنه كثيرا ما تستعمل عبارتى «قوة الأمر المقضى» بقصد حجية الشيىء المقضى ، كما وقع بعض الفقه فى هذا الخلط مستعملا التعبيرين بمعنى واحد وهو معنى «الحجية» ويرجع الخلط الى لغة القانون الفرنسى أما فى اللغة العربية فيسهل التمييز بين الحكم القطعى ويحوز الحجية والحكم النهائى ويحوز الحجية والقوة معا .

الحجية فى منطوق الحكم لا في أسبابه الا اذا ارتبطت الاسباب ارتباطا وثيقا بالمنطوق بحيث لا يقوم المنطوق بدون هذه الأسباب ، فان الأسباب فى هذه الحالة تكون لها أيضا حجية الأمر المقضى - وقسم يتعلق بالحق المدعى به ، ويشترط أن يكون هناك اتحاد فى الخصوم فلا يكون للحكم حجية الا بالنسبة للخصوم أنفسهم ، واتحادا فى المحل اذ لا يكون للحكم هذه الحجية الا بالنسبة للموضوع ذاته وأن يكون أخيرا ثمة اتحاد فى السبب»[1] .

★ وقد اتجه الرأى القانونى الى أن الاحكام الصادرة بالغاء القرارات الادارية تتعلق حجيتها بالنظام العام ، وقد سحبت المحكمة الادارية العليا هذا الحكم ليشمل بصفة عامة حجية الأحكام الصادرة فى المنازعات الخاصة بالمراكز التنظيمية العامة سواء أكانت طعونا بالالغاء ، أو كانت من قبيل المنازعات الأخرى المتعلقة بالمرتبات والمعاشات الخاصة بالموظفين ، فى حين أن الاحكام الصادرة فى دعاوى المسئولية والعقود الادارية لا تعتبر حجيتها من النظام العام[2] .

وقد جرت قوانين مجلس الدولة المتعاقبة على الاشارة الى أنه تسرى فى شأن جميع الأحكام القواعد الخاصة بقوة الشىء المحكوم فيه ، على أن الأحكام الصادرة بالالغاء تكون حجة على الكافة ، وعلى ذلك فان الأحكام الصادرة من جهات القضاء الادارى ذات حجية نسبية طبقا للأصل العام ، واستثناء من ذلك فان حجية أحكام الالغاء تسرى فى مواجهة الكافة أى أنها ذات حجية مطلقة لأن القرار موضوع الالغاء لا يمكن اعتباره ملغيا بالنسبة لفريق ، وقائم بالنسبة لفريق آخر أو بالنسبة لحالات أخرى .

وبناء على ما تقدم فا [illegible] الالغاء حجية مطلقة كما أن له أثرا رجعيا ونتناول ذلك على النحو التالى :-

(أولا) : الحجية المطلقة لحكم الالغاء :-

لأحكام مجلس الدولة الصادرة بسبب تجاوز السلطة مثلا أو غير ذلك من أسباب الالغاء حجية الشىء المحكوم به ، شأنها فى ذلك سائر الاحكام القضائية ، ولكنها تزيد

---

(١) المحكمة الادارية العليا فى ٢٨ فبراير ١٩٦٥ - السنة العاشرة القضائية - ص ٧٨٤ .
(٢) دكتور أحمد كمال الدين موسى - مرجع سابق - ص ١٦٤ - ويشير الى الادارية العليا فى ١٩٥٨/١/١٨ - س ٣ ق - ص ٥٤٦ .

عليها وتختلف عنها في أن هذه الحجية مطلقة وليست نسبية ، فالحكم ينتج أثره ليس فقط في حق المدعي بل في مواجهة الكافة ، ويرجع ذلك الى طبيعة قضاء الالغاء فهو قضاء موضوعي ، فان قضى الحكم بالغاء قرار ادارى ترتب على ذلك زواله من الوجود وطبيعيا أن يكون هذا الزوال بالنسبة للكافة .

مثال :-

مثال ذلك أنه اذا صدر حكم بالغاء قرار اداري ترتب على ذلك عدم امكان تنفيذ هذا القرار أو الاحتجاج به على أى فرد ، فيستطيع كل شخص أن يتمسك بهذا الالغاء ، وان كان الالغاء منصبا على لائحة ضبط ادارى مثلا فلا يجوز للادارة أن تقدم الافراد المخالفين لأحكامها للقضاء لتوقع عليهم العقوبة المنصوص عليها في هذه اللائحة ، بل إن كل الدعاوى والاجراءات التى تكون قد رفعت أو أتخذت في ظلها تصبح باطلة ويجب وقفها فورا ، وكذلك الأحكام القضائية الصادرة بتوقيع عقوبات بناء عليها تعتبر باطلة ويجوز الطعن فيه بالطرق القانونية باستثناء الحالة التى يكون فيها الحكم قد حاز قوة الأمر المقضى به ، فحينئذ ترى محكمة النقض الفرنسية أنه واجب النفاذ بالرغم من الغاء اللائحة التى صدر تطبيقا لها[1] .

فالحكم بالالغاء يكون حجة على الكافة سواء تعلق الامر بقرارات ادارية تنظيمية ، أو فردية ، وبناء على ذلك فاذا رفعت دعوى اخرى من شخص أو أشخاص آخرين بطلب الغاء نفس القرار فان القاضي يحكم برفضها لانعدام موضوعها .

بعض الاستثناءات :

من أهم ما يمكن الاشارة اليه أن مبدأ الحجية المطلقة للحكم الصادر في دعوى الالغاء ترد عليه بعض استثناءات يكون للحكم فيها أثر نسبى ، وبهذا يقترب من الحكم الصادر في دعوى القضاء الكامل ، ونورد هذه الاستثناءات فيمايلى :-

١ - اذا كان الحكم الصادر في الطعن بسبب تجاوز السلطة مثلا قضى برفض الدعوى ، فيكون له في هذه الحالة حجية نسبية ، اذ الحجية المطلقة لا تلحق الا الحكم بالالغاء ، والسبب في ذلك أن الالغاء يترتب عليه زوال القرار الادارى من الوجود ،

---

(١) دكتور محمود حافظ : «دروس في القانون الادارى - رقابة القضاء لاعمال الادارة» - مرجع سابق - ص ١٣٠ - ١٣١ .

فلا يتصور أن يتجزأ هذا الزوال ، فيعتبر القرار موجودا بالنسبة للبعض وغير قائم بالنسبة للبعض الآخر .

أما في حالة رفض القاضي لدعوى الالغاء ، فان القرار الادارى يظل قائما ، ولذلك يجوز لغير المدعى أن يطعن فيه بالالغاء ، بل يمكن لنفس المدعى أن يستند الى أسباب أخرى جديدة فى الغائه مرة أخرى .

(٣) اعتراض الخارج عن الخصومة على الحكم الصادر فيها (معارضة الخصم الثالث) :

اذا صدر حكم بالغاء قرار ادارى معين فانه يكون حجة على الكافة ، ومن مقتضى هذه الحجية المطلقة ألا يسمح للغير ممن يمس حكم الالغاء بمصالحهم أو مراكزهم القانونية أن يطعنوا على هذا الحكم ، غير ان كلا من مجلس الدولة الفرنسي ومجلس الدولة المصرى خرجا على هذه القاعدة باجازة معارضة الخارج عن الخصومة أو بمعنى آخر معارضة الخصم الثالث .

(ثانيا) : مدى تعدى أثر الحكم بالغاء القرارات الادارية المتعلقة بالعقود الادارية :

أن الحكم بالغاء القرار الادارى يختلف فى درجة تعديه الى الغير وتأثره به افادة أو احتجاجا . فالأحكام الصادرة بالغاء القرارات الادارية المتعلقة بالعقود الادارية ، تختلف فى مدى تعدى أثرها الى الغير من عقد لآخر ، فضلا عن اختلاف أثرها من قرار لآخر . فبعض العقود ينشىء تنظيما قانونيا يمس المراكز القانونية للغير ، والبعض الآخر لا يتعدى أثره انشاء التزامات شخصية ما بين الادارة والمتعاقد . فدرجة النظامية بارزة ظاهرة فى عقد الامتياز الادارى لحد كبير ، اذ أن النصوص التى تنظم علاقة الملتزم بالجمهور وجانب كبير من النصوص التى تنظم علاقة الملتزم بالادارة ذات صبغة لائحية بحتة . ولذلك فان القرارات الادارية التى تصدر بصدد مثل هذه النصوص تمس مصالح الغير ويمتد أثرها اليه . والحكم الصادر بالغاء قرار بزيادة تسعيرة الكهرباء أو النقل ، يمتد أثره الى الغير ويكون له أن يحتج به على الجهة التى صدر الحكم فى مواجهتها .

أما فى عقد التوريد فهو يقتصر على توليد التزامات وحقوق شخصية بين طرفيه .

ولذلك فان امتداد أثر القرارات الصادرة فى هذه العقود يختلف اختلافا كبيرا من حالة لأخرى ، وبالتالى فان الأحكام الصادرة بالغاء هذه القرارات تختلف مثل هذا الاختلاف . فأحيانا تكاد هذه الأحكام لا يتعدى أثرها للغير كحكم بالغاء قرار بتوقيع غرامة على المتعهد لتأخره في توريد بعض الأصناف ، وأحيانا يمتد الأثر الى عدد يزيد أو يقل من الغير الذين تتأثر مراكزهم من حكم الالغاء[1] .

المبحث السادس

اختصاص القضاء الادارى باشكالات التنفيذ

من المتفق عليه أن تنفيذ القرارات الادارية يدخل فى أختصاص القضاء الادارى طبقا لاختصاصه فى هذا المجال عملا بمبدأ الفصل بين جهة القضاء العادى والادارى .

غير أنه اذا كان السند المتنازع فى تنفيذه منفذا به على مال أو مآله التنفيذ على مال حتى لو كان هذا السند المنفذ بمقتضاه يتصل بجهة قضاء أخرى بخلاف جهة القضاء العادى فان قاضى التنفيذ يختص بالمنازعة .

وقد قضت محكمة النقض بمايلى :

«انه وان كانت محكمة القضاء الادارى هى المختصة وحدها بالفصل فى المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية ، الا أنه متى صدر الحكم فيها بالالزام أصبح سندا يمكن التنفيذ به على أموال المحكوم عليه فتختص المحاكم المدنية بمراقبة اجراءات تنفيذه . والنظر فى مدى صحتها وبطلانها باعتبارها صاحبة الولاية العامة بالفصل فى جميع المنازعات المتعلقة بالمال ، ويختص القضاء المستعجل وقاضى التنفيذ باعتباره فرعا منه بنظر الاشكالات الوقتية المتعلقة بالتنفيذ ، اذ

---

(١) دكتور/ مصطفى كمال وصفى «أصول اجراءات القضاء الادارى – الكتاب الثانى – الأحكام وتنفيذها» – ط/ ١٩٦٤ – ص ١٩٨ – ١٩٩ .

لا شأن لهذه الاشكالات بأصل الحق الثابت فى الحكم المستشكل فيه كما أنها لا تعد طعنا على الحكم وانما تتصل بالتنفيذ ذاته للتحقق من مطابقة أحكام القانون[1] .

وجدير بالذكر أنه يجب ألا يكون المال المراد التنفيذ عليه من الأموال التى منع المشرع التنفيذ عليها .

ويرجع عدم جواز التنفيذ على الأموال التى منع المشرع التنفيذ عليها الى فكرتين :

الأولى : أن بعض الأموال لا يجوز بيعها ولا التنازل عنها ، ولذلك لا يجوز التنفيذ عليها لأن التنفيذ ينتهى فى الغالب ببيع المال .

الثانية : أن المنع من التنفيذ قصد به تحقيق أغراض خاصة اقتصادية أو مالية اجتماعية أو انسانية ، وعدم جواز التنفيذ تحقيقا لهذه الأغراض يرجع فى بعض الحالات لارادة الأفراد التى يقرها المشرع ويرجع فى الحالات الأخرى الى ارادة المشرع نفسه ، ولذلك يمكن تقسيم الأموال التى لا يجوز التنفيذ عليها الى ثلاثة طوائف :

(١) الأموال التى لايجوز التنفيذ عليها لعدم جواز التنازل عنها أوبيعها .
(٢) الأموال التى يرجع عدم التنفيذ عليها لارادة الأفراد .
(٣) الأموال التى يرجع عدم التنفيذ عليها الى ارادة المشرع .

وجدير بالذكر أن اشكالات التنفيذ التى تصدر فى حكم أصدرته احدى محاكم مجلس الدولة بحسب تكييفه القانونى هو منازعة ادارية يجب أن يختص بها مجلس الدولة بهيئة قضاء ادارى ، ولا يختص بها القضاء العادى الا فى الأحوال التى ينص عليها القانون كما هو الوضع بالنسبة الى التنفيذ على مال بتحفظات خاصة، حسبما سبق بيانه .

وذلك على سند من أن تنفيذ بعض أحكام مجلس الدولة بهيئة قضائية كأحكام الالغاء انما يتم بقرارات ادارية فيكون للتنفيذ علاقة ادارية ولا يمكن القول بغير ذلك .

وفضلا عن ذلك فان تنفيذه هذه الأحكام يتعلق بامتيازات ادارية معينة كعدم

---

(١) راجع فى هذا الشأن :

مؤلفنا : دعوى الالغاء ووقف تنفيذ القرار الادارى وقضاء التنفيذ وإشكالاته والصيغ القانونية أمام مجلس الدولة مع المبادىء العامة للقضاء المستعجل ص ٤٦٥ – القاعدة (٢٣) .

جواز التنفيذ الجبرى على الخزانة العامة وبعضها يتصل ببعض النواحى الادارية كاعتبارات الميزانية ، وعدم جواز المقاصة فى الديون الادارية ، وحصانات المال العام .

ويضاف الى ماتقدم أن هذه المنازعات تتصل بالموضوع الأصلى اتصالا وثيقا فيختص بها القضاء الادارى .

وأخيرا فان عرض الاشكال على محكمة القضاء الادارى التى أصدرت الحكم أمر طبيعى لأنها القاضى الطبيعى فى هذا الشأن[١] .

ومن أهم ماتجدر الاشارة إليه أن المسائل المتعلقة بحق الملكية والحقوق العينية باعتبار أن موضوع جميع هذه المسائل يدخل فى وظيفة المحاكم ، ويختص قاضى الأمور المستعجلة بالحكم بالاجراءات التحفظية وباشكالات التنفيذ الخاصة بالالتزامات التعاقدية التى تحصل بين الحكومة لمصلحتها الخاصة ، وبين الأفراد بشأن أموالها الخاصة من بيع وشراء وايجار وخلافه ، يخضع فيها الطرفان لنصوص وقواعد القانون المدنى الخاصة بالمعاملات ، ولا يغير من طبيعتها المدنية كونها صادرة من جهة الادارة لانها تتدخل فيها بصفتها فردا عادية ، لا بصفتها سلطة عامة .

ولا يمكن القول بأن ادخال الفصل فى هذه المعاملات فى اختصاص المحاكم العادية به مساس بمبدأ الفصل بين السلطات بتخويل المحاكم الحق فى مراقبة جهة الادارة فى ارتباطاتها القانونية مع الغير ، لأن المعاملات المذكورة تكون ارتباطات مدنية صرفه تخضع فى تكوينها وآثارها الى قواعد وأصول القانون المدنى[٢] .

كذلك نكرر القول بأن اشكالات التنفيذ على مال حالا أو مآلا يخضع لاختصاص قاضى الأمور المستعجلة ويخرج عن اختصاص القضاء الادارى حتى ولو كان الحكم المستشكل فى تنفيذه صادرا من محاكم مجلس الدولة .

---

(١) مؤلفنا بدعوى الالغاء ووقف تنفيذ القرار الادارى وقضاء التنفيذ واشكالاته والصيغ القانونية أمام مجلس الدولة مع المبادىء العامة للقضاء المستعجل، س ١٩٩٢ - ١٩٩٣ - الطبعة الأولى - ص ٤٣٣ .

(٢) دكتور/ سليمان محمد الطماوى «قضاء التعويض وطرق الطعن فى الأحكام» س ١٩٧٧ - ص ٣٩٢ - ٣٩٣ .

الفصــل الثالث

دور التحكيم فى المنازعات التى تنشأ بين أجهزة الدولة[1]

(أولا) : لمحة عن قواعد الاختصاص :

المسلم به أن قواعد الاختصاص هى قواعد آمره ، فالمشرع هو الذى يحددها ، كما أنها تتعلق بالنظام ، ويترتب على ذلك نتائج خطيرة أهمها :

(١) أن الادارة لاتستطيع أن تعدل فى قواعد الاختصاص عن طريق القرارات الإدارية ، بل يتعين أن يتم ذلك بقانون ، وكل تعديل بأداة أقل منه ، يصبح غير مشروع ، بهذا يجرى قضاء مجلس الدولة الفرنسى باستمرار ، ومن ذلك على سبيل المثال حكمه الصادر فى ٣٠ يوليو سنة ١٩٤٩ م.

(٢) لما كانت قواعد الاختصاص تتعلق بالنظام العام ، فإنه لا يجوز للادارة أن تتفق على خلافها مع المتعاقد الآخر ، ولكن يجب أن نميز فى هذا الخصوص بين قواعد الاختصاص الولائى الضابطة لتوزيع الاختصاص بين جهتى القضاء العادى والادارى ، أوفى نطاق أحد الجهتين ، وفى هذه الحالة يكون الاتفاق على مخالفة قواعد الاختصاص باطلا ، ومن ثم فقد رأينا مدى أثر شروط الاختصاص على طبيعة المنازعة العقدية .

أما بالنسبة لقواعد الاختصاص المكانى فان مجلس الدولة الفرنسى يتساهل فى الاتفاق على عكسها ، وقد أخذ المشرع الفرنسى بهذا القضاء سنة ١٩٥٣ .

(٣) وما يتصل بهذا الموضوع أيضا مدى شرعية شرط التحكيم والاتفاق على التحكيم، والمسلم به فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، هو بطلان الشرط أو الاتفاق الا اذا أجازه المشرع صراحة .

★ واذا كان الحق ذاته محلا للنزاع وخشيت الجهة الادارية أن تخسر الدعوى فلا تثريب عليها اذا اتجهت الى فض هذا النزاع عن طريق الصلح كما أن المحكمة تطبق حكم المواد ٥٤٩ ، و ٥٥١و ٥٥٢ مدنى فى خصوص مقومات عقد الصلح ،

---

(١) للتوسع فى دراسة التحكيم فى النظم المختلفة – راجع مؤلفنا «الادارة الحديثة للمؤسسات والشركات العامة بمصر والدول العربية وتجربة اشتراك العمال فى الادارة» طـ/١٩٨٨ ص ١٨١ – ١٩٩ .

الا كتابة أو بمحضر رسمي وفقا للمادة ٥٥٢[١] ، انما قصد به مجرد الاثبات لا انعقاد الصلح في ذاته ، وتقرر أن عبارات الصلح يجب أن تفسر تفسيرا ضيقا ، وأن النزاع اذا ما انحسم صلحا ، جاز لكل من المتصالحين أن يلزم الآخرين به ، ولا يجوز لأحدهم أن يمضى في دعواه أو يثير النزاع أمام القضاء متجاهلا هذا الصلح ، والا جاز للمتصالح الآخر أن يطلب فسخ الصلح دون اخلال بحقه في التعويض[٢] .

وثمة فارق أيضا بين التحكيم بآثاره القانونية المعروفة وبين اتفاق الادارة مع المتعاقد معها على احالة موضوع خلافى الى أهل الخبرة ، ولكن المسلم به فى هذه الحالة أن رأى الخبير ليس له أثر القرار الصادر فى التحكيم .

ويجرى المشرع فى مصر على جواز فض المنازعات بين الدولة والغير عن طريق التحكيم .

كما أن المشرع نفسه لا يحبذ التقاضى باجراءاته الطويلة المعقدة ، وبما يكلفه من مشقة واضاعة للأموال ، على الأقل فى المنازعات بين الجهات الحكومية ، وبالنسبة للقطاع العام ، ولهذا نظم التحكيم فى المنازعات بين الوحدات الاقتصادية التابعة للقطاع العام فى القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ ، كما أنه أخرج المنازعات بين الجهات الحكومية من الاختصاص القضائى لمجلس الدولة ، وعهد بها الى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع ، وجعل رأيها ملزما على النحو الذى نصته المادة (٦٦) من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢[٣] .

---

(١) تنص المادة (٥٤٩) مدنى على مايلى :

«الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا ، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه .

وتنص المادة (٥٥١) مدنى على مايلى :

«لا يجوز الصلح فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام . ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التى تترتب على الحالة الشخصية أو التى تنشأ عن ارتكاب احدى الجرائم» .

وتنص المادة (٥٥٢) مدنى على مايلى :

«لايثبت الصلح الا بالكتابة أو بمحضر رسمى» .

(٢) مجموعة المبادىء القانونية التى أقرتها المحكمة الادارية العليا فى ١٥ سنة - ١٩٦٥ - ١٩٨٠ - الجزء الثانى - س ١٩٨٣ - ص ١٨٦٧ - ١٨٦٨ (حكمها فى ١٩٦٨/٢/١٠) .

(٣) فتوى قسم الرأى رقم ٥٦ فى ١٩٥٤/٢/١٠ .

(ثانيا) : دور الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في المنازعات التي تنشأ بين الوزارات والمصالح العامة أو بين الهيئات المحلية أو بين هذه الجهات ومنها منازعات العقود الادارية أو عقود الادارة التي لا تخضع للقانون العام

وتختص الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بابداء الرأى مسببا فى المنازعات التى تنشأ بين الوزارات أو بين المصالح العامة أو بين الهيئات العامة أو بين المؤسسات العامة أو بين الهيئات المحلية أو بين هذه الجهات وبعضها البعض . ويكون رأى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع فى هذه المنازعات ملزما للجانبين .

وقد كان هذا الاختصاص معقودا فى ظل القانون ١١٢ لسنة ١٩٤٦ - لمحكمة القضاء الادارى - الا أنه منذ التعديل الذى أدخل على ذلك القانون نقل الاختصاص بنظر المنازعات الادارية بين المصالح والوزارات والهيئات الاقليمية والبلدية الى قسم الرأى . ويقول تقرير اللجنة التشريعية فى مشروع القانون الخاص بمجلس الدولة فى ذلك الوقت أن «الوضع الحالى يقحم المحكمة فى أمر هو إلى الافتاء أقرب منه الى القضاء»[1] .

ويلاحظ أن منازعات ما قبل التعاقد[2] ليست منازعة بمعنى الكلمة ، فهى خصومة تتصارع فيها المصالح ، وليس هناك حق يثور حوله نزاع . علاوة على أن ليس هناك عقد ، وأن المسألة لا تعدو أكثر من خلاف بين مشروعين عامين على القيام بعمل يفصل فيه برأى من هيئات التحكيم ملزم للجانبين ، وفى هذا يستوى اختصاص هيئات التحكيم باختصاص الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع . وبالتالى ماتباشره هيئات التحكيم فى هذا الشأن هو إلى الافتاء أقرب منه الى القضاء[3] .

وخلاصة القول أن أى نزاع بين شخصين من أشخاص القانون العام أيا كان موضوعه لايطرح على القضاء بل تفصل فيه الجمعية العمومية المشار اليها . ويندرج فى ذلك بطبيعة الحال المنازعات المتعلقة بعقود الادارة سواء كانت عقود

---

(١) مجموعة مضابط مجلس النواب - دور الانعقاد العادى الرابع - المجلد الرابع ١٩٤٨ - ص ٢٦٤٢ .

(٢) المادة ٦٦ من قانون تنظيم مجلس الدولة «الجريدة الرسمية - العدد رقم ٤٠ الصادر بتاريخ ٥ من أكتوبر سنة ١٩٧٢» .

(٣) دكتور/ شمس مرغنى على «التحكيم فى منازعات المشروع العام (دراسة مقارنة)» س ١٩٧٤ - ص ٣٠٤ - ٣٠٥ .

ادارية أو عقود الادارة التى لا تخضع للقانون العام . ولكن من المسلمات أيضا أن الجمعية العمومية وهى مكونة أساسا من مستشارى مجلس الدولة سوف تفصل فى هذه المنازعات مستهدية بقواعد القانون العام . ومن ثم فان نظرية العقد الادارى لن تفقد قيمتها حتى فى هذا المجال .

(ثالثا) : التحكيم فى ظل قانون قطاع الأعمال رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ م :

تنص المادة (٤٠) من هذا القانون على مايلى :

«يجوز الاتفاق على التحكيم فى المنازعات التى تقع فيما بين الشركات الخاضعة لاحكام هذا القانون أو بينها وبين الأشخاص الاعتبارية العامة أو الاشخاص الاعتبارية من القطاع الخاص أو الأفراد وطنيين كانوا أو أجانب وتطبق فى هذا الشأن أحكام الباب الثالث من الكتاب الثالث من قانون المرافعات المدنية والتجارية» .

وتنص المادة (٤١) من هذا القانون على مايلى :

«طلبات التحكيم بين شركات القطاع العام أو بينها وبين جهة حكومية مركزية أو محلية أو هيئة عامة أو هيئة قطاع عام أو مؤسسة عامة التى قدمت قبل تاريخ العمل بهذا القانون وكذلك منازعات التنفيذ الوقتية فى الأحكام الصادرة فيها يستمر نظرها أمام هيئات التحكيم المشكلة طبقا لأحكام قانون هيئات القطاع العام وشركاته الصادر بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ وطبقا للاحكام والاجراءات المنصوص عليها فيه» .

---

(١) راجع (المحاماة – ملحق العددين التاسع والعاشر – نوفمبر وديسمبر ١٩٩١).

الباب السابع

مفهوم نظرية فعل الأمير ، ومدى أخذ كل من الفقه والقضاء بها ، وتقدير التعويض فى ظلها مع أحكام مختارة من القضاء الادارى وفتاوى قسم الرأى والجمعية العمومية للفتوى والتشريع

البـــاب الســـابع

مفهوم نظرية فعل الأمير ، ومدى أخذ كل من الفقه والقضاء بها ، وتقدير التعويض فى ظلها مع أحكام مختارة من القضاء الادارى وفتاوى قسم الرأى والجمعية العمومية للفتوى والتشريع

الفصـــل الأول

عرض النظرية وأساسها القانونى والشروط العامة لتطبيقها

المبحث الأول

عرض النظرية وأساسها القانونى وتقدير التعويض فى ظلها

(أولا) : عرض النظرية :

ان مناط توافر شروط هذه النظرية أن يكون الفعل الضار صادرا من جهة الادارة المتعاقدة ، فاذا ما صدر هذا الفصل عن شخص معنوى عام غير الذى أبرم العقد تخلف أحد شروط هذه النظرية وامتنع بذلك تطبيق أحكامها ، ولكن ذلك الامتناع لا يحول دون تطبيق نظرية الحوادث الطارئة اذا ماتوافرت شروطها[1] .

ويقصد بعبارة «فعل الأمير» كل اجراء تتخذه السلطات العامة من شأنه أن يزيد فى الأعباء المالية للمتعاقد مع الادارة أوفى الالتزامات التى ينص عليها العقد ، مما يطلق عليه بصفة عامة «المخاطر الادارية» .

وقد تصدر هذه الأجراءات من الجهة الادارية التى أبرمت العقد أو من جهة ادارية أخرى ، وقد تتخذ شكل قرار ادارى خاص أو شكل قواعد تنظيمية عامة . وقد يؤثر ذلك على العقد تأثيرا مباشرا أو تأثيرا غير مباشر . وهناك تطبيقات كثيرة للتعديلات

---

(١) المحكمة الادارية العليا - ١٤٧ - ١١ (١٩٦٩/١/١١) ٢٣٣/٣٠/١٤ .

المباشرة للعقد تثار بمناسبة سلطة الادارة المتعاقدة فى التعديل . ومن قبيل التعديلات غير المباشرة أن تصدر اجراءات تنظيمية عامة تشريعية أو لائحية، بفرض رسوم جمركية على مهمات أو مواد أولية يحتاج اليها المتعاقد مع الادارة ، أو رفع تلك الرسوم ، أو تسعير بعض السلع ، أو أن يكون من شأن الاجراءات التنظيمية العامة رفع الحد الأدنى لأجور العمال والمستخدمين ، أو تقرير اعانة غلاء أو معاشات لهم ، أو تحديد ساعات العمل ، أو حظر تشغيل فنيين أو عمال من الأجانب فيضطر المتعاقد مع الادارة الى فصلهم وتعويضهم ومن جهة أخرى الى الاستعاضة عنهم بغيرهم الخ ..

وتقضى نظرية فعل الأمير «أو بمعنى آخر عمل الأمير» بأنه اذا توافرت فى تلك الاجراءات شروط معينة جاز للمتعاقد مع الادارة المطالبة بتعويضه تعويضا كاملا عن نتائج الأضرار التى تكون لحقت به على أثر تحمله تلك المخاطر الادارية .

(ثانيا) : أساس النظرية وتبرير التعويض فى ظلها :

★ ونعرض ذلك على النحو التالى :

(١) المسئولية على أساس الخطأ :

★ الاجراءات التى تتيح المطالبة بالتعويض ، اجراءات مشروعة فى نفسها ، سواء صدرت عن الهيئة الادارية المتعاقدة حين تمارس سلطتها فى تعديل نص من نصوص العقد ، أم عن أية سلطة أخرى تتخذ اجراء عاما .

ومن ثم تستبعد مبدئيا فكرة المسئولية على أساس الخطأ . انما تعويض الادارة للأفراد فى ظروف معينة عن الأضرار التى قد تكون لحقت بهم حتى اذا لم يصدر من جانبها أى خطأ ، يؤسس بوجه عام على فكرة تحمل المخاطر أو التبعات ، ويعتبر مظهرا عاما من مظاهر تطور القانون الادارى نحو تضييق النطاق الذى تعفى فيه الادارة من المسئولة .

(٢) الاثراء بلا سبب :

★ نظرا الى أن الادارة لا ترتكب خطأ حين تتخذ اجراءات تستهدف الصالح العام ، فقد ذهب بعض الفقهاء إلى تأسيس التعويض على فكرة الاثراء بلا سبب ، فمادامت الادارة قد انقصت بقرار صادر من جانبها وحدها المزايا المالية التى اتفقت عليها مع متعاقدها ، فانها تكون بذلك قد أثرت دون أن يستند هذا الاثرر الى سبب فى العقد .

ولاشك فى أن تحليل التعويض على هذا الأساس ينطوى على وجه من الصحة ، وذلك حين يكون الاجراء صادرا من الجهة الادارية المتعاقدة ، اذ أنه يربط بين تعديل نصوص العقد من جانب هذه الجهة الادارية ، وبين التعويض الذى يترتب على هذا التعديل .

على أن هذه الفكرة كانت موضع نقد ، اذ أنها تخضع التعويض لضرورة اثراء لصالح الادارة على حساب المتعاقد معها ، بينما أن هذا التعويض يدفع للمتعاقد مع الادارة حتى اذا لم تصب الادارة أى اثراء ، ثم انها تحدد قيمة التعويض بما تكون الادارة حققته من اثراء ، بينما الواقع أنه عند تحديد هذا التعويض لايدخل فى الاعتبار الا ما يكون قد أصاب المتعاقد مع الادارة من افقار على أثر مالحقة من ضرر أو فاته من كسب ، وأخيرا فان تطبيق هذه الفكرة يؤدى الى قصر حق المتعاقد مع الادارة فى التعويض على حالة ما اذا كان اختلال التوازن المالى للعقد جاء نتيجة لاجراء صادر من الادارة المتعاقدة نفسها ، بينما حق المتعاقد مع الادارة يتجاوز هذه الحالة ويشمل أحيانا الحالات التى تكون الاجراءات صادرة فيها من جهة أخرى غير الجهة الادارية المتعاقدة .

(٣) نصوص العقد :

★ ويرد بعض الفقهاء مصدر التزام الادارة المتعاقدة بالتعويض الى نصوص العقد نفسه . وذلك على اعتبار أن المتعاقد مع الادارة لم يتعهد فى العقد الا بالقياس الى محل ثابت بالذات وعلى أساس سبب محدد ، وأنه لم يقبل تحمل بعض الالتزامات الا مقابل عوض معين . غير أن البعض يرى أن محل العقد الادارى ليس ثابتا كما هو الحال بالقياس الى العقود المدنية ، انما هو متطور وينبغى أن يساير المقتضيات المستجدة ، فتعديل التزامات المتعاقد مع الادارة (بزيادة أعبائه أو بانقاص مدى الخدمات التى يعتمد عليها ، بل بانهاء العقد) حتى يكون المرفق العام مسايرا للتطور ، يستتبع تعديل العوض الذى يحصل عليه ، والا كان محل العقد على أثر تعديله أو انهائه مفتقرا الى سبب صحيح .

ونحن نرى أن هذه الفكرة تصلح الى حد بعيد لتأسيس التزام الادارة المتعاقدة بالتعويض فى حالة تعديل نص من نصوص العقد من جانبها وحدها . ولكنها قاصرة عن تبرير التعويض فى حالة ما اذا كان الاجراء المعدل للمركز المالى للعقد صادرا من جهة غير الجهة

الادارية المتعاقدة . لذلك ينبغي ، الى جانب الاعتماد على هذه الفكرة ، اضافة فكرة أخرى يمكن اعتبارها أساسا للتعويض . وهي مساواة الأفراد أمام الأعباء العامة . ونبينها فيمايلي :

★ أن مبدأ مساواة الأفراد أمام الأعباء العامة ، من المبادىء العامة التي استحدثها القانون الادارى . فجميع الأفراد ملزمون بالمساهمة في تحمل التكاليف العامة بقدر يتناسب مع مركزهم ومع قدراتهم وامكانياتهم . والمتعاقد مع الادارة يساهم في نشاطها مساهمة خاصة ، ويتحمل من جراء ذلك عبئا يزيد عما يتحمله غيره من الأفراد ، صحيح أنه يحصل مقابل هذا العبء الخاص على عوض مالي ، ولكن اذا ماتقررت للادارة سلطة زيادة هذا العبء الخاص دون أن يعوض المتعاقد معها عن تلك الزيادة لاختل مبدأ مساواة الأفراد أمام التكاليف العامة ، اذ أن المتعاقد مع الادارة يتحمل بذلك ضريبة تقع أعباؤها عليه وحده دون بقية المواطنين .

★ ومبدأ المساواة أمام الأعباء العامة يصلح أساسا للتعويض سواء صدر اجراء التعديل من الهيئة الادارية المتعاقدة أم من غيرها من الهيئات الادارية ، وسواء أكان التعديل يمس العقد بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر .

★ على أن تعديل العقد اذا كان عاما ، بمعنى أن الاجراء لايقصد به المتعاقد مع الادارة بالذات ، انما يمس هذا المتعاقد كما يمس غيره من الأفراد ، فينبغي في هذه الحالة تحديده بقيدين .

(أولا) : أن يكون الضرر الذى يلحق بالمتعاقد مع الادارة ضررا خاصا .
(ثانيا) : أن يترتب على هذا الضرر اختلال التوازن المالي للعقد .

ولاشك لدينا في أن هذه الفكرة تبنى على العدالة والملاءمة ومساواة الأفراد أمام التكاليف العامة في ظل النظام الضريبي السليم .

المبحث الثاني
الشروط العامة لتطبيق نظرية فعل الأمير

- لتطبيق هذه النظرية يخضع حق المتعاقد مع الادارة في التعويض للشروط العامة الآتية :

(١) أن يتصل الاجراء بعقد ادارى : فينبغي بادىء الأمر أن يكون التعديل منصبا على عقد ادارى ، ومن ثم يستبعد تطبيق النظرية على عقود الادارة المدنية .

(٢) أن يكون الاجراء صادرا من الأشخاص المعنوية العامة : ويترتب على ذلك أن تعديل تنفيذ العقد اذا كان مرده الى ظروف خارجية عامة (وقوع حرب ، ظروف اقتصادية) ، فتطبق بشأنه نظرية الظروف الطارئة .

★ غير أنه على أثر تدخل الادارة المطرد فى النطاق الاقتصادى ، يجب أن يلاحظ بهذا الصدد التداخل الوثيق فى الوقت الحاضر بين الميدان الاقتصادى والميدان الادارى ، بحيث تصعب التفرقة بينهما فى كثير من الأحيان .

(٣) أن يكون الاجراء غير متوقع : فاذا توقعت نصوص العقد هذا الاجراء ، كان المتعاقد مع الادارة قد أبرم العقد وهو مقدر لهذه الظروف[١] .

على أنه حتى اذا لم ينص العقد على احتمال اتخاذ هذا الاجراء فطبيعى أن المتعاقد مع الادارة يعلم بأن من حقها اتخاذ اجراءات من شأنها تعديل العقد ، وعلى ذلك يجب أن يقال أن الاجراءات التى تخوله حقا فى التعويض هى تلك التى تكون غير متوقعة وتجاوزت القدر المعقول ، وللقضاء تقدير ملابسات هذه الظروف .

(٤) أن يسبب الاجراء ضررا فعليا للمتعاقد مع الادارة :

★ لو أن المسئولية كانت تعاقدية لكفى أن يثبت المتعاقد مع الادارة أنها أخلت بأحد التزاماتها حتى يتقرر حقه فى التعويض . ولكن مادامت مسئولية الادارة هنا لا تؤسس على خطأ ، انما الاجراءات التى تتخذها بهذا الصدد نتيجة لممارسة سلطتها فى التعديل ، وفى اصدار قرارات تنظيمية عامة قد تؤثر فى العقد ، وهى فى كلا الحالين سلطة مشروعة ، فينبغى حتى يتقرر حق المتعاقد مع الادارة فى التعويض أن يثبت أنه لحق به ضرر .

٥ - افتراض أن الادارة المتعاقدة لم تخطىء حين اتخذت عملها الضار فمسئوليتها عقدية بلا خطأ[٢] .

---

(١) محكمة القضاء الادارى فى ١٦ يونيو سنة ١٩٥٣ (المجموعة س ٧ ص ١٥٦٣) .

(٢) أخذت المحكمة الادارية العليا مسلك مجلس الدولة الفرنسى فى تحديد هذه الشروط فى حكمها الصادر فى ٢٠ مايو سنة ١٩٦١ س ٦ ص ١١٣٣ .

نطـاق تطبيـق النظـرية

يختلف نطاق تطبيق النظرية باختلاف ما اذا كانت الاجراءات المتخذة تؤثر على العقد فتعدله تعديلا مباشرا أو تعديلا غير مباشر . ونوضح ذلك ممايلى :

★ ★ التعديلات المباشرة للعقد :

★ التعديلات المباشرة – كما ذكرنا – تلك التى تكون نتيجة الأجراءات التى تمس نصا من نصوص العقد أو مجموع نصوصه مساسا مباشرا . وهذه التعديلات غالبا ما تكون نتيجة لاجراء فردى خاص صادرا من الادارة المتعاقدة وهى تمارس سلطتها فى التعديل ، ومن قبلها زيادة نطاق الأعمال التى يعهد بها الى المتعاقد مع الادارة ، أو على العكس تضييق نطاق هذه الأعمال عن الحد المتفق عليه والذى كان المتعاقد مع الادارة يعتمد عليه لتحقيق ارباحه ، أو عدم تنفيذ العقد طبقا للشروط الموضوعة ، ادخال تعديل على تنظيم المرفق العام تجعله مختلفا عما كان عليه وقت ابرام العقد أو الخ ...

وقد تكون هذه التعديلات المباشرة نتيجة لاجراء تنظيمى عام (صدور قانون أو لائحة) .

فإذا نص العقد أو القانون على التعديلات ووضع حلولا لها طبقت هذه الحلول ، والا فتطبق بشأن التعديل الشروط العامة للنظرية .

(خامسا) : التعديلات غير المباشرة للعقد :

★ والتعديلات غير المباشرة تكون نتيجة لاجراءات تنظيمية عامة (قوانين أو لوائح) لا يقصد بها تعديل العقد نفسه ، ولكنها تؤثر على العقد فتجعل تنفيذه اشد عسرا ، أو أكثر نفقات ، أو أقل ارباحا ، ومن هذا القبيل التشريعات الضريبية أو الجمركية ، والتشريعات الاجتماعية أو العمالية التى تفرض التزامات جديدة ، ولوائح الضبط الادارى ، والرسوم التى تفرضها الهيئات المحلية الخ ... ولا يؤثر فى هذا الوصف كون المتعاقد مع الادارة هو الذى ينصب عليه وحده هذا الاجراء بحكم الواقع[1] . واذا كان من الجائز فيما يتعلق بالتعديلات المباشرة أن تكون نتيجة

---

(١) فاذا فرضت احدى البلديات رسما على طائفة معينة من المحلات الصناعية ، فلا يغير عمومية هذا الرسم كون المتعاقد مع الادارة هو الشخص الوحيد الذى يخضع له ، اذا تصادف ان انصب عليه وحده بحكم الواقع . انظر فى ذلك حكم محكمة القضاء الادارى فى ١٦ يونيو سنة ١٩٥٣ . (المجموعة س ٧ ص ١٥٦٣) .

لاجراء فردى خاص صادرا من الجهة الادارية المتعاقدة او لاجراء تنظيمى عام يمس العقد على وجه خاص ، فان التعديلات غير المباشرة تكون دائما نتيجة لتطبيق اجراء تنظيمى عام على العقد .

على أنه يجب التمييز بهذا الصدد بين ما اذا كان هذا الاجراء العام صادرا من الجهة الادارية المتعاقدة أم من جهة ادارية أخرى . فاذا كان الاجراء العام صادرا من الجهة الادارية المتعاقدة طبقت النظرية اذا كان من شأن الاجراء أن يؤثر على العنصر الرئيسى للعقد . مثال ذلك فرض رسوم محليه على الفحم باعتباره مادة أولية اساسية وتمس هذه الرسوم ملتزم توريد الإضاءه بالغاز ، أو رفع الرسوم على الشعير على أثر التعاقد مع متعهد بتوريد هذا الصنف ، اما اذا كان الاجراء العام صادرا من الجهة إدارية غير الجهة الادارية المتعاقدة (تشريعات اجتماعية أو عمالية أو ضرائبية أو اقتصادية) ، فقد تطورت احكام مجلس الدولة الفرنسى فى شأن تطبيق النظرية بهذا الصدد .

ففى بادىء الأمر قضى مجلس الدولة بأن تأثير الاجراءات التشريعية أو اللائحية على العقد ليس من شأنه أن يستتبع للمتعاقد مع الادارة حقا فى التعويض ، وذلك تطبيقا للمبدأ الذى كان يقرر عدم مسئولية الدولة عن اعمالها التشريعية .

وتطور قضاء مجلس الدولة فى هذا الشأن ، فذهب الى أنه يجوز أن تطبق نظرية فعل الأمير فى مثل تلك الأحوال ، بشرط أن تكون عناصر العقد التى مسها الاجراء (أثمان ، ضرائب ، أجور الخ ..) قد احتلت فى ذهن المتعاقد مع الادارة مكانة رئيسية وقت ابرام العقد ، وان يكون من شأن التعديل الاخلال بالتوازن المالى للعقد اخلالا خطيرا .

ويبدو أن مجلس الدولة قد تحول عن موقفه هذا فى أحكامه الأخيرة اذ قضى بأن الاجراءات التشريعية أو اللائحية المتصلة بالاقتصاد الموجه ليس من شأنها أن تستتبع تطبيق نظرية فعل الأمير بل نظرية أخرى تختلف عنها فى شروطها وفى أحكامها وهى نظرية الظروف الطارئة والتى سنتولى عرضها بالباب التالى .

الفصـــل الثانـــى

الحالات التى رفض فيها مجلس الدولة الفرنسى وشايعه مجلس الدولة المصرى التعويض على أساس نظرية عمل الأمير والحالات التى قبل فيها التعويض على أساس هذه النظرية

المبحث الأول

حالات رفض التعويض على أساس نظرية عمل الأمير فى ظل أحكام القضاءين الفرنسى والمصرى - وقسم الرأى وفتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع

(أولا) : رفض مجلس الدولة الفرنسى التعويض على أساس عمل الأمير : ونورد بعض التطبيقات القضائية فيمايلى :

(١) فى مجال الضرائب والرسوم والتى تؤدى الى صعوبة التنفيذ ومثال ذلك فرض ضرائب جديدة ذات طابع عام ، أو زيادتها على الانتاج وماشابه ذلك .

(٢) فى مجال الاجراءات الاجتماعية كالتشريعات التى تستهدف تحسين أحوال العمل والعمال والتى يكون من شأنها زيادة أعباء التنفيذ ، مثل التشريعات الخاصة بزيادة الأجور أو بغلاء المعيشة ، أو التأمين ضد اصابة العمل ، أو منح أجازات بأجر للعمال أو ماشابه ذلك .

(ثانيا) : رفض مجلس الدولة المصرى التعويض على أساس نظرية عمل الأمير فى الحالات التالية :

(١) رفضت محكمة القضاء الادارى فى حكمها الصادر فى ١٦ يونية سنة ١٩٥٣ أن تعوض الشركة المدعية عن الأضرار التى لحقتها من جراء فرض رسم بلدى على انتاج الكهرباء ، وبررت رفضها بمايلى :

«من حيث أن فرض الرسم الذى تضمنه القرار المطعون فيه كان متوقعا وقت التعاقد بمقتضى البند ١٧ من عقد الامتياز ، فضلا عن أنه لم يجاوز الحد العادل المعقول ولم يتضمن أى تمييز فى التكاليف بين المنطويين تحت أحكامه ، وأن هذا الرسم وما تقول به الشركة من زيادة فى سعر التكلفة ونقص فى الاستهلاك لم يؤد الى ارهاقها فى التزاماتها والى الاختلال المالى للعقد ، وكل ما يحتمل أن يكون قد ترتب عليه ، أن صح دفاع الشركة فى هذا الصدد ، أن أرباحها المتزايدة قد تناقصت ... ولكن هذا النقص لم يصل الى المساس بالربح المعقول الذى كان متوقعا عند التعاقد ....»[1] .

(٢) كذلك رفضت المحكمة التعويض فى حكمها الصادر فى ٨ مارس سنة ١٩٥٤ على أساس نظرية عمل الأمير مقررة مايلى :

«اذا كان التعاقد قد تم بين المدعى ومصلحة المستشفيات الجامعية فى ظل أحكام القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ الخاص بقمع الغش والتدليس الصادرة بتنفيذه قرار وزير التجارة والصناعة رقم ٦٣ لسنة ١٩٤٣ وفى ظل أحكام القانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٥٠ ، فاذا استعمل وزير الصحة الرخصة المخولة بمقتضى القانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٥٠ وأصدر قرارا بالمواصفات الخاصة بالألبان ومنتجاتها . وجب على المدعى توريد اللبن طبقا لهذه المواصفات ، ولو كان القرار الصادر بهذه المواصفات قد صدر بعد تعاقده ، وكانت النسب المحددة به للدسم والمواد الصلبة مرتفعة عما تعاقد عليه ، وذلك لأنه كان يعلم عند تعاقده أن هذة النسب عرضة للتعديل بما لوزير الصحة من حق فى تحديد هذه المواصفات بمقتضى القانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٥٠ . وهذه ملابسات تعاقده فى طلب الحكم بانفساخ العقد المبرم فى ٢٨ يونية سنة ١٩٥٢ . ولا يجديه القول بأن فى توريد اللبن طبقا للمواصفات المعدلة ما يؤدى الى ارهاقه بحجة أنه إتفق مع صغار المنتجين على تموينه بالألبان التى تعاقد على توريدها وألبان مواشيهم لا تنتج النسب التى حددها القرار سالف الذكر ، لا يجديه ذلك لأن من مقتضى هذا القرار أنه يحظر على أى شخص كان من صغار المنتجين بيع اللبن أو عرضه أو حيازته بقصد البيع مالم يتوافر فيه المواصفات والنسب التى حددها القرار الوزارى ، والا أعتبر اللبن مغشوشا وعرض صاحبه للمحاكمة ، وهو وضع يؤدى به بلا شك الى امتناع صغار

(١) محكمة القضاء الادارى فى ١٦ يونيه سنة ١٩٥٣ – س ٧ ق – ص ١٥٧٨ .

المنتجين عن تموينه باللبن الا اذا كان متوافرا فيه النسب المحددة بالقرار الوزارى سالف الذكر ...»[1] .

★ ويلاحظ أن الفقرات الأخيرة من هذا الحكم - بصرف النظر عن صدره - قاطعة فى ابراز سبب رفض التعويض ، وهو عدم خصوصية الضرر ، لأن الاعباء التى فرضها القرار الوزارى قد مست جميع المشتغلين بتجارة اللبن .

(٣) فتوى قسم الرأى :

أفتى قسم الرأى مجتمعا فى ١٧ يولية سنة ١٩٥٤ بأن قرار مجلس الوزراء الصادر بتخفيض قيمة الجنيه المصرى بالنسبة للدولار يعتبر «حادثا استثنائيا عاما فى حكم المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى» . أى أنه رفض اعتبار هذا الاجراء العام من قبيل عمل الأمير ، وطبق عليه أحكام نظرية الظروف الطارئة[2] ، وهو المسلك الذى يلتزمه مجلس الدولة الفرنسى فى الوقت الحاضر .

(٢) فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع :

وفى فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشارى الصادرة فى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٦٤ (س ١٩ - ص ٥١) رفضت تعويض «الشركة الفنية للاعمال» عن فروق الأسعار الخاصة بمهمات مطلوب استيرادها بسبب حرب سنة ١٩٥٦ ، وعمولة شركة مصر للتجارة الخارجية ، وعلاوة حساب التصدير ، ورسم اخصائى جمركى ورسم بحرى ، لأن جميع هذه المبالغ لا ترجع الى تدخل مباشر من جهة الادارة المتعاقدة (الادارة العامة للمياه بوزارة الاسكان والمرافق) . وأنه يشترط لاعمال هذه النظرية صدور اجراء خاص أو عام من جانب جهة الادارة المتعاقدة ، لم يكن متوقعا وقت التعاقد ، ويترتب عليه الحاق ضرر خاص بالمتعاقد لا يشاركه فيه سائر من مسهم هذا الاجراء[3] .

---

(١) محكمة القضاء الادارى حكمها الصادر فى ٨ مارس سنة ١٩٥٤ - السنة الثامنة - ص ٨٨٠ .

(٢) فتوى قسم الرأى مجتمعا رقم ٣٦٠ الصادرة فى ١٧ يوليه سنة ١٩٥٤ - مجموعة فتاوى المجلس - السنة الثامنة ونصف التاسعة - ص ٤٦ .

(٣) فتوى الجمعية العمومية الصادرة فى ١٠ فبراير سنة ١٩٦٥ - س ١٩ - ص ٣٠٩ .

المبحـث الثانى

الحالات التى قبل فيها مجلس الدولة الفرنسى وشايعه مجلس الدولة المصرى التعويض على أساس عمل الأمير

★ نبين فيما يلى بعض التطبيقات القضائية فى ظل أحكام القضاءين الفرنسى والمصرى على النحو التالى :

(أولا) : قبل مجلس الدولة الفرنسى التعويض على أساس نظرية عمل الأمير فى الحالات التالية :

(١) أن يمس الاجراء العام موضوعا جوهريا كان له دوره الحاسم فى دفع الفرد الى التعاقد ، وقد قضى مجلس الدولة الفرنسى بذلك فى حكمه الصادر فى ٩ إبريل سنة ١٨٩٧ .

(٢) بناء التعويض على فكرة الضرر الخاص ، أى أن مجلس الدولة الفرنسى لا يمكن أن يعوض عن الضرر المترتب عن الاجراءات العامة الا اذا أثبت المتعاقد أن ضررا خاصا قد لحقه وأن هذا الضرر الخاص لا يشاركه فيه سائر مايمسهم القرار العام[١] .

(ثانيا) : قبل مجلس الدولة المصرى التعويض على أساس نظرية عمل الأمير مشايعا القضاء الفرنسى فى حالات نذكر منها على سبيل المثال مايلى :

(١) قضت محكمة القضاء الادارى فى ٣٠ يناير سنة ١٩٥٥ بمايلى :

«يشترط لقيام الحق فى التعويض تأسيسا على نظرية عمل الأمير أن تصدر الحكومة تشريعا عاما جديدا يمس مركز المتعاقد معها بضرر خاص . والضرر الخاص يتحقق اذا أصاب التشريع الجديد - على الرغم من عمومية نصوصه - المتعاقد وحده دون مجموع الشعب ، أو اذا ما أصابه بضرر من الجسامة بحيث يتجاوز بكثير ما أصاب مجموع الشعب»[٢] كما أشارت إلى ذلك بعض فتاوى الجمعية العمومية للقسم الاستشارى بمجلس الدولة .

---

(١) الدكتور/ سليمان محمد الطماوى «العقود الادارية» - مرجع سابق - ص ٦٤٨ - ٦٤٩ .

(٢) محكمة القضاء الادارى - حكمها فى ٣٠ يناير سنة ١٩٥٥ م - مجموعة الأحكام السنة التاسعة - ص ٢٦٨ .

★ كذلك يمكن تطبيق نظرية عمل الأمير اذا التزمت الادارة موقفا سلبيا بامتناعها عن تطبيق القوانين واللوائح التى يتعين تطبيقها اذا ترتب على هذا الامتناع فرض أعباء جديدة على المتعاقد مع الادارة .

★ ويرى العميد الطماوى تطبيق الحكم من باب أولى فى حالة ما اذا ألغت الادارة اجراء عاما كان يعول عليه المتعاقد عند ابرام العقد ، ويطلق الفقهاء على هذا الموقف تسمية «عمل الأمير السلبى» . وقد أخذ بذلك مجلس الدولة الفرنسى فى حكمه الصادر فى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٤ .

● ● ●

الفصــل الثالث

خلاصة تحديد التعويض ومداه فى ظل نظرية فعل الأمير مع الأحكام والفتاوى المتعلقة بالتوازن المالى للعقد (المنبثق عن نظرية فعل الأمير)

المبحث الأول

التعويض الكامل

(أولا) : يجب على الادارة أن تعوض المتعاقد تعويضا كاملا اذا ما ثبت أن العمل الضار من قبيل «عمل الأمير» . والتعويض الكامل يشمل العنصرين الأساسيين لكل تعويض وهما : مايلحق المتعاقد من خسارة بسبب عمل الأمير ، كالنفقات الاضافية نتيجة فرق السعر ، أو الرسوم الجديدة .. الخ والعنصر الثانى هو ما فاته من كسب ويشمل المبالغ المعقولة التى كان من حق المتعاقد أن يعول عليها لو لم يختل توازن العقد نتيجة لعمل الأمير .

★ وقد تولت محكمة القضاء الادارى ابراز هذا المبدأ فى حكمها الصادر فى ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ حيث تقول :

«ان القاعدة بالنسبة للتعويض على أساس التوازن المالى للعقد ... أنه اذا لم يكن مقداره متفقا عليه فى العقد ، فان جهة الادارة لا تملك أن تستقل بتقديره ، بل يقدره قاضى العقد اعتبارا بأنه ينشأ عن تكاليف غير متوقعة ، وان كل ماهو غير متوقع يعتبر خارجا عن نطاق العقد ، فلا تطبق عليه شروطه . ولتعبير «عدم التوقع» فى هذه الخصومة معنى خاص بها هو أن التكاليف الزائدة التى تلقى على عاتق المتعاقد تعتبر غير متوقعة . مادام أنها ليست جزء من الاتفاق . بمعنى أنه لا يقابلها فى شروط العقد أى تقدير . والمحكمة انما تقدر هذا التعويض طبقا للقواعد المقررة فى القانون الادارى فى هذا الشأن وهو يشمل عنصرين :

العنصر الأول : مالحق المتعاقد من خسارة . ويتضمن هذا العنصر المصروفات الفعلية التى أنفقها المتعاقد . وهذه المصروفات تختلف باختلاف الأحوال وطبيعة

التعديل ونتائجه . ومثال ذلك ما اذا طلبت الادارة سرعة انجاز الأعمال ، فإن ذلك قد يؤدى الى زيادة التكاليف على المتعاقد بدفع أثمان مرتفعة أو زيادة فى أجور الأيدى العاملة . كما أنه من الجائز أن يترتب على تعديل العقد أثناء تنفيذه خسائر متنوعة ، وفى هذه الحالة يجب تقدير هذه الخسارة مادامت علاقة السببية قائمة بينها وبين الأجراء الذى طلبت جهة الادارة من المتعاقد معها اتخاذه .

العنصر الثانى : مافات على المتعاقد مع الادارة من كسب اعتبارا بأن من حقه أن يعوض عن ربحه الحلال عن عمله ورأس ماله .

(ثانيا) : ولكن الملاحظ أن مجلس الدولة الفرنسى يخرج أحيانا على مبدأ التعويض الشامل فى بعض الصور ، لأسباب مختلفة . ومما لاحظه الفقهاء فى هذا الصدد : -

(أ) أن مجلس الدولة الفرنسى – وفقا لقضاء مستقر فى هذا الصدد – يهمل عنصر الكسب المتخلف فى بعض الصور . كما هو الشأن فى حالة انهاء الادارة لبعض العقود نتيجة لظروف الحرب أو بسبب وقف القتال . فهنا يكتفى المجلس بتعويض الأضرار الفعلية المترتبة على فسخ العقود دون اعتبار للأرباح التى كان من شأن المتعاقد أن يحققها لو لم يتم الفسخ .

(ب) ولا يحكم مجلس الدولة الفرنسى بتعويض كامل للمتعاقد اذا كان قد ساهم بخطئه فى احداث بعض الأضرار المترتبة على عمل الأمير ، أو ساعد على زيادة تلك الأضرار . فحينئذ يستنزل المجلس من التعويض المقدار المناسب لخطأ المتعاقد . وهذه الحالة – كما هو واضح – مجرد تطبيق للقواعد العامة .

(جـ) هل يمكن للادارة أن تضمن العقد شرطا يتضمن عدم مسئوليتها قبل المتعاقد ؟

★ يرى الفقه فى مصر أنه لايتصور من الناحية العملية أن يقبل متعاقد مثل هذا الشرط فيعرض نفسه لمخاطر لا حد لها ، ولكن اذا حدث ذلك عملا فيجب فى هذه الحالة التمييز بين حالتين :

(الحالة الأولى) : حالة الاعفاء المطلق من المسئولية : ويجمع الفقه الادارى على عدم مشروعية مثل هذا الشرط . وهذا ما أعلنته محكمة القضاء الادارى المصرية فى حكمها الصادر فى ٣٠ يونيه سنة ١٩٥٧ حيث تقول :

«من المقرر فى العقود الادارية أن جهة الادارة لا تملك أن تضع فيها نصا عاما بعدم مسئوليتها يعفيها من الالتزام بتعويض الضرر الحادث للمتعاقد معها لأن ذلك يتعارض مع المبادىء المقررة فى القانون الادارى من ثبوت حق المتعاقد مع الادارة فى التعويض طبقا للنظريات السائدة فى نظام العقود الادارية ومنها حقه فى التوازن المالى للعقد» . وتطبيقا لهذه القاعدة ، لايمكن للادارة أن تضمن عقودها شرطا عاما يقضى باعفائها من جميع الأضرار المترتبة على اعمال الأمير[1] .

★ كذلك يرى الفقه أن ظروف الحال تقتضى الخروج على مبدأ التعويض الكامل فى حالتين وهما :

(أولا) : حالة فسخ العقد بسبب العمليات الحربية .

(ثانيا) : اذا ساهم المتعاقد بخطئه فى احداث بعض الأضرار المترتبة على عمل الأمير . وسبقت الاشارة إلى ذلك .

★ كما يرى الفقه فى مصر وفرنسا أنه لا يمكن للمتعاقد أن يتنازل بصفة مطلقة عن المطالبة بالتعويض عن أى ضرر قد يصيبه بفعل الأمير أثناء قيامه بتنفيذ العقد المبرم بينه وبين الادارة ، فمثل هذا التنازل يعتبر غير مشروع .

★ وقد جرى قضاء محكمة القضاء الادارى على مايلى :

«إنه من المقرر فى العقود الادارية أن جهة الادارة لا تملك أن تضع بعقودها نصا عاما بعدم مسئوليتها واعفائها من الالتزام بتعويض الضرر الحادث للمتعاقد معها ، لأن ذلك يتعارض مع المبادىء المقررة فى القانون الادارى من ثبوت حق المتعاقد مع الادارة فى التعويض طبقا للنظريات السائدة فى نظام العقود الادارية ومنها حقه فى التوازن المالى للعقد» .

---

(١) راجع أيضا حكمها الصادر فى ١٤ أبريل سنة ١٩٦٥ (السنة ١٤ ص ٣٦ ، حيث تؤكد المحكمة عدم شرعية الشرط الذى تضمنه الادارة عقودها والخاص بحرمان المتعاقد من حق التمسك بالقوة القاهرة أو الظروف الطارئة ، لأن ذلك يتنافى مع طبيعة العقود الادارية .

هذا ويلاحظ أن شرط الاعفاء الذى ينصب على اجراء معين هو شرط مشروع اذا توقع المتعاقدان اجراء بعينه من الاجراءات المتوقعة وقت ابرام العقد كفرض ضريبة معينة ، أو زيادة سعرها ... ونص على تحمل المتعاقد لما يترتب عليها من آثار ، غير أن مجلس الدولة الفرنسى يتشدد فى تفسير مثل هذا الشرط .

★ ★ **ويلاحظ مايلى :**

★ **تحديد التعويض فى العقد :** كثيرا ما ينص العقد على التعويض الذى يدفع للمتعاقد مع الادارة عن الأضرار التى تكون لحقت به ، غير أن مبدأ هذا التعويض الكلى لا يتعلق بالنظام العام ، فللطرفين فى العقد أن يتفقا على عكس ذلك اذا كان فيه ما يحقق مصالحهما إذ يجوز النص على قصر التعويض على جزء من الضرر . على أنه اذا نص العقد على عدم التعويض حاز مع ذلك للمتعاقد مع الادارة أن يطالب بالتعويض اذا أثبت أن الاعباء الجديدة التى ألقيت على عاتقه لم تدخل فى تقديرات الطرفين وأنها استتبعت اخلالا خطيرا للتوازن المالى للعقد .

★ **عدم نص العقد على التعويض :** فإذا لم ينص العقد على التعويض ، ولم يصل الطرفين الى الاتفاق على تحديده ، تولى القضاء فى هذه الحالة تقديره .

ويراعى القضاء فى تقديره للتعويض عنصرين كثيرا ما يجمع بينهما حتى يكون التعويض كليا :

★ فيراعى من جهة ، الخسائر الفعلية التى تكون لحقت بالمتعاقد مع الادارة وترد اليه النفقات التى يكون صرفها دون أن يعوض عنها .

★ كما يراعى من جهة أخرى ما فاته من كسب كان من حقه أن يتوقعه طبقا لشروط العقد ، ويتحقق هذا بصفة خاصة فى حالة انهاء العقد قبل الموعد المقرر له .

وهذا التعويض هو المترتب على تطبيق نظرية فعل الأمير ، اذ تراعى فيه الخسارة الفعلية للمتعاقد مع الادارة من ناحية ، ومافاته من كسب من ناحية أخرى ، وهو يتميز بهذا الطابع الشامل عن التعويض الناشىء عن تطبيق نظرية الظروف الطارئة حيث لا يشتمل كلا العنصرين . حسبما سياتى بيانه .

المبحث الثـانى

الأحكـام والفتاوى المتعلقـة بالتوازن المالى للعقد

جدير بالاحاطة أن محكمة القضاء الادارى المصرية قد اتيح لها أن تبسط فكرة التوازن المالى للعقود الادارية ، وأن تضعها فى مكانها الصحيح فى حكمها الصادر فى ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ ، كما أن المحكمة الادارية العليا اعتمدت فى الكثير من أحكامها على فكرة التوازن المالى أو الاقتصادى للعقد الادارى . كما أفتت الجمعية العمومية للقسم الاستشارى بمجلس الدولة بذلك .

★ ولأهمية هذه الأحكام والفتاوى نشير اليها فيمايلى :

(أولا) : الحكم الصادر من محكمة القضاء الادارى فى ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ :

تقول المحكمة :

«... ان الفقه والقضاء الادارى ، قد خلق نظرية التوازن المالى للعقد ، وغيرها من النظريات والقواعد التى تحقق بقدر الامكان توازنا بين الأعباء التى يتحملها المتعاقد مع الادارة ، وبين المزايا التى ينتفع بها ، على اعتبار أن العقد الادارى يكون فى مجموعه كلا من مقتضاه وجوب التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين ، وتعادل كفة الميزان بينهما ، وذلك بتعويض المتعاقد فى أحوال وبشروط معينة حتى ولو لم يصدر خطأ من جانب الادارة ، مع اختلاف مقدار التعويض ، فتارة يكون التعويض كاملا ، وتارة يكون جزئيا . وأيا كانت الأسانيد التى قامت عليها هذه النظريات والقواعد ، واختلاف الرأى فى مبرراتها ، فانه مما لا شبهة فيه انها ترتد فى الحقيقة الى أصل واحد وهو العدالة المجردة التى هى قوام القانون الادارى . كما أن هدفها الأعلى هو تحقيق المصلحة العامة بناء على فهم صحيح لطبيعة العلاقة بين من يتعاقد معها من الهيئات والأفراد فى شأن من شئون المرافق العامة . وبهذا الفهم أمكن حل أغلب مشكلات العقود الادارية ووضحت معالم الطريق لعلاجها على الوجه الصحيح . وان هذه المحكمة ترى من الخير - بمناسبة الدعوى الحالية - التنبيه الى أن القواعد والاصول والنظريات التى وضعها الفقه والقضاء الادارى فى هذا الشأن انما كانت وليدة البحث والتقصى وثمرة التجارب حقبة طويلة من الزمن لكثير من مختلف أنواع المنازعات التى قامت بين

جهات الادارة والمتعاقدين معها ، وأن الاطار العام الذى دار فيه البحث رسمته ضوابط واعتبارات شتى وحقائق غير منكورة ، حاصلها أن يكون مفهوما أن حق جهة الادارة فى الحصول على المهمات والأدوات أو أداء الخدمات وانجاز الأعمال المطلوبة بأرخص الأسعار وأقل التكاليف يقابلها من جانب المتعاقد معها أن يهدف الى تحقيق ربح مجز له من رأس ماله المستغل كله أو بعضه أو بما وضعه لنفسه من نظام الاستهلاكات الحسابية . ولكن هذا الوضع لا يعنى أن يقف كل منهما ازاء الآخر موقف التربص والتوجس وانتهاز الفرص أو موقف الطرف المتخاصم فى نزاع أن ظل كامنا فهو خليق بأن يتحول فى أية لحظة الى دعوى تطرح أمام القضاء . بل أن الحق الخالص فى شأن العلاقة بين جهة الادارة والمتعاقد معها ، أن تنظر اليها جهة الادارة من زاوية تراعى فيها كثيرا من الاعتبارات الخاصة التى تسمو على مجرد الحرص على تحقيق الوفر المالى للدولة ، وأن الهدف الأساسى هو كفالة حسن سير المرافق العامة باستمرار وانتظام ، وحسن أداء الأعمال والخدمات المطلوبة وسرعة انجازها ، وأن ينظر اليها المتعاقد مع الادارة على أنها مساهمة اختيارية منه ومعاونة فى سبيل المصلحة العامة ، فيجب أن تؤدى بأمانة وكفاية . وهذا وذاك يقتضى من الطرفين قيام نوع من الثقة المتبادلة بينهما وحسن النية والتعاضد والتساند والمشاركة فى وجهات النظر المختلفة للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من صعوبات وما يصادفه من عقبات . وبهذا تطمئن جهة الادارة الى حسن التنفيذ وانجازه فى مواعيده المحددة ، ويطمئن المتعاقد معها الى أنه سينال – لقاء اخلاصه وأمانته وحسن قيامه بالعمل – جزاءه الأوفى وأجره العادل .

ولذلك ينبغى ألا يعتبر المتعاقد صاحب مصلحة متعارضة مع مصلحة الدولة لمجرد أنه يبغى من تعاقده تحقيق ربح حلال ، اذ أن هذا حقه الذى لا ينازع فيه . وهو لا ينقلب الى صاحب مصلحة متعارضة مع مصلحة الدولة الا منذ اللحظة التى ينحرف فيها عن الجادة وينتكب سبيل الأمانة أو يحاول الحصول على ربح حرام غير مشروع – أيا كانت وسائله فى ذلك – أو يسرف فى طلب الربح ويشتط فيه على حساب الخزانة العامة . وفى هذه الحالة يكون من حق الادارة أن تفسد عليه سعيه فتحرمه ثمرة غشه وتحبس عنه الربح الحرام أو تنزل بأرباحه الى الحد المعقول ، لأن الأرباح الفاحشة انما تؤخذ من أموال الدولة ومن مجموع الأفراد وعلى حساب المصلحة العامة ، مع أن الأعمال التى تؤدى تكون لمصلحة المجموع لا لمصلحة من يقيمونها لحساب المجموع . ويقابل ذلك أن المتعاقد مع الادارة – مع

حسن وزنه للأمور وسلامة تقديره واتخاذ الحيطة الواجبة – قد تصادفه عند التنفيذ ظروف استثنائية وأمور لم تكن في الحسبان ، وصعوبات غير منظورة لم يكن يتوقعها أو يتعرض لمخاطرُ ادارية أو اقتصادنية وينشأ عن ذلك زيادة أعبائه المالية زيادة يختار معها التوازن المالى للعقد ، ويصاب بخسارة محققة ، فيكون من حقه على جهة الادارة ألا يتحمل وحده كل الغرم وأن تساهم معه جهة الادارة بقدر معين ، فتعوضه تعويضا عادلا عما يصيبه من أضرار ولو لم يكن هناك خطأ من جانب الجهة الادارية التى تعاقد معها ، تأسيسا على أنه ليس من العدل والانصاف وحسن النية في المعاملات أن يترك مثل هذا المتعاقد فريسة لظروف سيئة لا دخل له فيها وبدون أى تعويض استنادا الى نصوص العقد الحرفية ، ولمجرد الحرص على تحقيق الوفر المالى والرغبة الملحة فى الحصول على المهمات والأدوات أو انجاز الأعمال المطلوبة بأرخص الأسعار ، لأن معنى ذلك ، استباحة نهبه وتدميره وتضحيته وهو أمر – الى جانب مجافاته للعدالة – فأنه يتفق والمصلحة العامة ، اذ ينتهى الأمر الى احدى نتيجتين : أما الى خروج المقاولين أو متعهدى التوريد الأمناء الأكفاء من سوق التعامل مع الدولة ، أو انصرافهم عن الاشتراك فى المناقصات مستقبلا ، فيتلقف الزمام غير الأكفاء وغير الأمناء ، وتقع المنازعات والاشكالات التى تنتهى الى تعطيل المرافق العامة وبخاصة بالنسبة للأعمال الانتاجية والاقتصادية والعمرانية الضخمة ذات الأهمية الخاصة ، وبما تتطلبه من كمال فنى ودراسات وأبحاث وتجارب لا تتوافر الا فى طائفة معينة من الشركات الكبرى ، بما لها من امكانيات فنية ومالية وادارية وما تملكه من آلات وأدوات خاصة .. وأما أن يعمد هؤلاء الى تأمين أنفسهم بأن يحتسبوا ضمن أسعار التكلفة ، وبالتالى من ضمن أسعار عطاءاتهم ، مبلغا للاحتياط ضد تلك المضار والأخطار المحتملة ، وتكون النتيجة زيادة عامة فى الأسعار التى تتم بطريق المناقصة مما يفوت على جهة الادارة غرضها فى الحصول على أصلح الأيدى العاملة بأفضل الأسعار وأنسبها . وهذه كلها نتائج يجب تفادى الأسباب المؤدية اليها لأنها لا تتفق والمصلحة العامة كما سبق القول ... يضاف الى ماتقدم أن لجهة الادارة ميزة الخروج على مبدأ المساواة بين طرفى العقد بثبوت حقها فى تعديل العقد من جانبها وحدها وفى الحدود التى تقتضيها المصلحة العامة ، وهى اذ تمارس سلطة التعديل كحق مشروع مقرر لها يمكن أن تزيد من الأعباء الملقاة على عاتق المتعاقد معها . ولذلك فانه – تحقيقا للعدالة – يكون من حق المتعاقد مع الادارة أن يعوض تعويضا عادلا عن الأضرار التى تلحق بمركزه التعاقدى أو تقلب

ظروف العقد المالية على أثر ممارسة الادارة لسلطة التعديل ، ذلك لأن ايثار ضرورات المرافق العامة على المصالح الخاصة للمتعاقد مع الادارة ، ليس معناه التضحية بهذه المصالح ، بحيث يتحمل المتعاقد مع الادارة وحده عبء جميع هذه الأضرار ، ولضرورة قيام التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين وتعادل كفتى الميزان بينهما ، والا انتهى الأمر الى النتائج السابق بيانها . وهى لا تتفق مع المصلحة العامة بل هى لا تحققها فى قليل أو كثير .....» .

★ وفى فقرة أخرى من الحكم ذاته تقول المحكمة فى نفس المعنى :

«أن من طبيعة العقود الادارية أنها تحقق بقدر الامكان توازنا بين الأعباء التى يتحملها المتعاقد مع الادارة وبين المزايا التى ينتفع بها اعتبارا بأن نصوص العقد تؤلف فى مجموعها كلا من مقتضاه التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين ، فاذا ترتب على تعديل التزامات المتعاقد مع الادارة زيادة فى أعبائه المالية ، فانه ليس من العدل ولا من المصلحة العامة نفسها أن يتحمل المتعاقد وحده تلك الأعباء . بل يكون له فى مقابل ذلك أن يحتفظ بالتوازن المالى للعقد تأسيسا على أن هذا العقد ينظر اليه كوحده من حيث تحديد الحقوق المالية للمتعاقد ، فاذا ما انتهى تدخل الادارة فى العقد بالتعديل الى الاخلال بهذه الحقوق كما حددت عند ابرام العقد ، فيجب اعادة التوازن المالى للعقد الى ما كان عليه . كما أنه اذا كان حق الادارة فى التعديل أمرا يفترض قيامه فى ذهن المتعاقد مع الادارة عند ابرام العقد بحيث يكون للادارة استعمال هذا الحق من غير أن ينص عليه فى العقد ، فانه يجب أن يقابل هذه السلطة حق آخر للمتعاقد فى أنه يقدر من جانبه هو أيضا أن جهة الادارة ستعوضه عما يلحقه من ضرر نتيجة لممارستها سلطة التعديل . وهذا التعويض يقوم على أنه لا يتصور أن المتعاقد مع الادارة يقبل معاونتها فى تسيير المرفق بالمجان وبغير مقابل ، بل الطبيعى أنه قرر طبقا لتقديراته أنه سيظفر مقابل التزاماته العقدية بفائدة معينة وربح معلوم ، فاذا سلم للادارة بحق التعديل تحقيقا للمصلحة العامة ، فإن العدالة تأبى حرمان المتعاقد من حقه المشروع فى الفائدة أو الربح الذى قدره عند ابرام العقد ... هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإنه اذا قام فى الاعتبار أنه من الأمور المسلمة أن يحقق المتعاقد مع الادارة مصلحته الخاصة ، كما أنه من الأمور المسلمة كذلك أن تحقق الادارة المصلحة العامة ، فأنه لا يكون للمتعاقد وجه للشكوى فى حالة التعديل اذا عوضته الادارة

بما يتناسب مع ماكان يقدره لنفسه من ربح أو فائدة عند ابرام العقد ... وبهذه الضوابط تكون العقود الادارية قائمة على وجود تناسب بين الالتزامات التى تفرضها ، والفوائد التى يجنيها المتعاقدون منها . فاذا قامت جهة الادارة باجراء تعديل أو تغيير فى هذه الالتزامات ، فان الفائدة تتغير هى الأخرى وبطريقة آلية تبعا لذلك ، حتى يظل التوازن المالى للعقد قائما ، اذ أن هذا التوازن المالى أمر مفترض فى كل عقد ادارى ، ومن حق المتعاقد مع الادارة أن يعوض على مقتضاه ، دون حاجة الى النص على ذلك فى العقد ، لأنه ليس مما يتفق مع العدالة والمصلحة العامة أن يتحمل هذا المتعاقد وحده عبء التعديل ويحرم عليه الاحتفاظ بالتوازن المالى للعقد ، كما أن ايثار ضرورة المرفق العام على المصالح الخاصة للمتعاقد مع الادارة ليس معناه التضحية بهذه المصالح بحيث يتحمل المتعاقد وحده جميع الأضرار الناشئة عن التعديل ... ولو أن الأمر جرى على خلاف ذلك وأبيح للادارة حق التعديل دون أن تلتزم مقابل ذلك بالتعويض على أساس التوازن المالى للعقد ، لانتهى الأمر من الناحية العملية الى أن أحدا من الناس لن يقبل المجازفة فيبرم مع الادارة عقدا يخضع لمحض تحكم سلطتها العامة ويتعرض فيه الى خسارة محققة لا سبيل الى تعويضها ....» .

(ثانيا) : موجز أحكام المحكمة الادارية العليا :

(أ) حكمها الصادر فى ١١ مايو سنة ١٩٦٨ (س ١٣ ، ص ٨٧٤) وقد جاء فيه :

«... خفضت المحكمة الاتاوة المتعاقد عليها تحقيقا للتوازن المالى للعقد ... ومن شأن ما طرأ من ظروف أن تقلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب» .

(ب) حكمها الصادر فى ١٧ يونيه سنة ١٩٧٢ (س ١٧ ، ص ٥٧٦) وقد تضمن قولها :

«طرأت أثناء تنفيذ العقد الادارى ظروف أو أحداث ... قلبت اقتصادياته» .

(ثالثا) : رأى الجمعية العمومية للقسم الاستشارى :

أخذت الجمعية العمومية للقسم الاستشارى بذات المبدأ ، فى فتواها الصادرة فى ٤ فبراير سنة ١٩٥٦ ، فبعد أن سلمت بحق الادارة الأصيل فى تعديل الشروط

اللائحية لعقد الالتزام فى أى وقت وفقا لمقتضيات المصلحة العامة ، دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم، استطردت تقول :

«على أنه وان كان استعمال مانح الالتزام لحقه فى تعديل التعريفة بتخفيضها أو تعديل شروطها لصالح المنتفعين أمرا مشروعا فى ذاته ، الا أن ايثار الصالح العام على الصالح الخاص للملتزم ليس معناه تضحية هذه المصالح بحيث يتحمل الملتزم وحده جميع الأضرار ، فاذا ترتب على انقاص التعريفه خسارة ، فعلى مانح الالتزام أن يعوضه عن هذه الخسارة اذ من المسلم أن للملتزم حقا فى التوازن .

• • •

الباب الثامن

عرض نظرية الظروف الطارئة وأثرها على التعويض مع تطبيقات قضائية من أحكام القضاء الادارى وقضاء النقض

الفصـــل الأول
عرض نظرية الظروف الطارئة
وأثرها فى تقدير التعويض

المبحث الأول
عـرض النظـرية

ان أحكام هذه النظرية فى تنفيذ العقد الادارى تتمثل فى وجود حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية أو من عمل جهة ادارية غير الجهة الادارية المتعاقدة ، أو من عمل انسان آخر لم يكن فى حسبان المتعاقد عند ابرام العقد ولا يملك لها دفعا ، يكون من شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالا جسيما ، وأثر ذلك ، الزام الجهة الادارية المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها فى تحمل نصيب من الخسارة التى لحقت به طوال فترة قيام الظرف الطارىء .

ونظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة المجردة التى هى قوام القانون الادارى ، كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة ، فرائد الجهة الادارية هو كفالة حسن سير المرافق العامة باستمرار وانتظام وحسن أداء الأعمال والخدمات المطلوبة وسرعة انجازها ، كما أن هدف المتعاقد مع الادارة هو المعاونة فى سبيل المصلحة العامة ، وذلك بأن يؤدى التزامه بكفاءة لقاء ربح وأجر عادل ، وهذا يقتضى من الطرفين التساند والمشاركة للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من صعوبات ، وما يصادفه من عقبات . فمفاد نظرية الظروف الطارئة أنه اذا طرأت أثناء تنفيذ العقد الادارى ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند ابرام العقد فقلبت اقتصادياته ، وكان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلا ، بل أثقل عبئا وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول ، وكانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة المألوفة العادية التى يحتملها أى متعاقد الى خسارة فادحة استثنائيا ، وغير عادية ، فإن من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته فى

هذه الخسارة التى تحملها فيعوضه عنها تعويضا جزئيا ، وبذلك يضاف الى التزامات المتعاقد معه التزاما جديدا لم يكن محل اتفاق بينهما ، ومؤدى ذلك أن يفرض على الدائن التزام ينشأ من العقد الادارى ، وهذا الالتزام هو أن يدفع الدائن للمدين تعويضا لكفالة تنفيذ العقد تنفيذا صحيحا متى كان من شأن الظروف أو الأحداث غير المتوقعة أن تثقل كاهل هذا المدين بخسارة تقوم الادارة بتعويضه عنها ، على أن التعويض الذى يدفعه الدائن يكون تعويضا جزئيا عن الخسارة المحققة التى لحقت المدين ، ولما كان التعويض الذى يدفع طبقا لهذه النظرية لا يشمل الخسارة كلها ولا يغطى الا جزء من الأضرار التى تصيب المتعاقد فان المدين ليس له أن يطالب بالتعويض الكلى بدعوى أن أرباحه قد نقصت أو لفوات كسب ضاع عليه كما يجب أن تكون الخسارة واضحة متميزة ، ومن ثم يجب لتقدير انقلاب اقتصاديات العقد ، واعتبارها قائمة أن يدخل فى الحساب جميع عناصر العقد التى تؤثر فى اقتصادياته ، واعتبار العقد فى ذلك وحدة ويفحص فى مجموعه ، لا أن ينظر الى أحد عناصره فقط بل يكون ذلك بمراعاة جميع العناصر التى يتألف منها اذ قد يكون بعض هذه العناصر مجزيا ومعوضا عن العناصر الأخرى التى أدت الى الخسارة ، ومن ثم فان انقلاب اقتصاديات العقد مسألة لا تظهر ولا يمكن التحقق من وجودها الا بعد انجاز جميع الأعمال المتعلقة بالعقد[1] .

ويشترط لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة أو بمعنى آخر نظرية الظروف الطارئة عدة شروط وهى :

(أولا) : أن تظهر خلال تنفيذ العقد الادارى حوادث أو ظروف استثنائية طبيعية كانت أو اقتصادية أو ادارية .

(ثانيا) : ألا يكون فى وسع المتعاقد توقع هذه الظروف عند ابرام العقد ولا يملك عند التنفيذ دفعها .

(ثالثا) : أن يكون من شأن هذه الظروف اصابة المتعاقد بخسائر فادحة تجاوز

---

(1) المحكمة الادارية العليا – مجموعة المبادىء القانونية التى قررتها المحكمة الادارية العليا فى ١٥ سنة – ١٩٦٥ – ١٩٨٠ – $\frac{١٥٦٢ - ١٠}{٦٧ - ١١}$ (١٩٦٨/٥/١١) ١٣ ط ٨٧٤/١١٧

الخسارة العادية التى يمكن احتمالها وتكون على نحو تختل معه اقتصاديات العقد اختلالاً جسيما ولا مؤدى تطبيق هذه النظرية ، بعد توافر شروطها ، أن يمتنع المتعاقد فورا عن تنفيذ التزاماته الواردة بالعقد بل للمتعاقد أن يدعو الادارة المتعاقدة معه لمشاركته فى تحمل نصيب من الخسارة التى حاقت به نتيجة تنفيذ العقد فى ظل الظروف الطارئة ، فاذا رفضت جهة الادارة يلجأ المتعاقد الى القضاء ويقتصر دور القاضى فى هذه الحالة على الزام الادارة بالتعويض المناسب(١) .

المبحث الثانـى

التعويض فى ظل نظرية الظروف الطارئة ، والآثار المترتبة على الأخذ بها فى النظام المصرى

(أولا) : التعويض فى ظل احكام القانون المدنى والتطور الحديث فى أحكام القضاء الادارى :

★ فى ظل أحكام القانون المدنى القديم رفضت المحاكم المصرية الأخذ بنظرية الظروف الطارئة ، فاستبعدت احتمال فسخ عقد المتعاقد مع الادارة أو تعديله ، أو منح المتعاقد تعويضا فى حالة وقوع حوادث طارئة تؤثر على التزاماته ، وقضت بأن الالتزام لا ينقضى الا اذا صار تنفيذه مستحيلا ، أما اذا كان ممكنا ، فيظل الالتزام به قائما حتى اذا كان تنفيذه مرهقا .

★ غير أن الادارة كانت تراعى دائما ضرورة سير المرافق العامة سيرا منتظما ومطردا وذلك بمساعدة المتعاقدين معها فى حالة اختلال التوازن المالى لعقودهم نتيجة لتلك الحوادث الاستثنائية العامة ، وظل الأمر كذلك الى أن صدر القانون المدنى الجديد رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ ، حيث نصت المادة (١٤٧) منه على مايلى :

---

(١) المحكمة الادارية العليا – موسوعة المبادىء القانونية التى قررتها المحكمة الادارية العليا فى الفترة من أكتوبر ١٩٨٥ الى يونية ١٩٨٦ – السنة الأولى – العدد الثانى – مارس ١٩٩١ – مبدأ ،١٦، ، والطعن رقم ٢٥٤١ لسنة ٢٩ قضائية – جلسة ٣٠ من نوفمبر سنة ١٩٨٥ ص ٢٧ .

(١) العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التى يقررها القانون .

(٢) ومع ذلك اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وان لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضى تبعا للظروف ، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك» .

كما نصت المادة (١٤٨) منه على مايلى :

(١) يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية .

(٢) ولايقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضا ماهو من مستلزماته ، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام» .

وقد استلهمت محكمة القضاء الادارى هذه المبادىء القانونية وطبقتها على العقود الادارية التى كانت تدخل فى اختصاصها فى ظل قانون المجلس الصادر فى سنة ١٩٤٩ حيث طبقت على عقود التزام المرافق العامة[١] . ثم على عقود الأشغال العامة[٢] ، ثم على عقود النقل الادارية ، ثم امتد تطبيقها على عقود التوريد[٣] ، واستقرت الأحكام فى هذا الاتجاه .

★ ومما تجدر الاشارة اليه أن المشرع المصرى أخذ بأحكام نظرية الظروف الطارئة حتى قبل النص عليها فى القانون المدنى الجديد ، ففيما يتعلق بالتزام المرافق العامة حيث طبقت القاعدة فى مظهريها ، أى سواء كانت الظروف الطارئة تزيد من أعباء الملتزم زيادة لم يكن من المقدر توقعها ، أو على العكس من ذلك أى فى حالة زيادة أرباح المتعاقد زيادة باهظة ، فقد كانت المادة السادسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ فى شأن عقود الالتزام بالمرافق العامة ينص على مايلى :

---

(١) محكمة القضاء الادارى فى ٢ يونيو سنة ١٩٥٣ – المجموعة س ٧ – ص ١٣٩٧ .

(٢) محكمة القضاء الادارى فى ٨ ابريل سنة ١٩٥٢ – المجموعة س ٦ ص ٨١٢ – وفى ٥ مايو سنة ١٩٥٣ .

(٣) محكمة القضاء الادارى فى ٧ ابريل سنة ١٩٥٢ المجموعة س٦ ص ٨١٢ .

«اذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها ولا يد لمانح الالتزام أو الملتزم فيها ، وأفضت الى الاخلال بالتوازن المالى للالتزام ، أو الى تعديل كيانه الاقتصادى ، حسبما كان مقدرا وقت منح الالتزام ، جاز لمانح الالتزام ، أن يعدل قوائم الأسعار ، واذا اقتضى الحال أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله ، وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر فى استغلاله ، أو خفض الأرباح الباهظة الى القدر المقبول» .

★ وبالبناء على ماتقدم فان كان الوضع فى الأصل يمكن المتعاقدين مع الادارة فى مطالبتها بمساعدتهم عند وقوع الظروف الطارئة التى تزيد من أعبائهم ، فيجوز أيضا للادارة من ناحيتها أن تطالب بتطبيق أحكام النظرية لصالحها فى الحالة العكسية ، أى فى حالة ما اذا كانت أرباح المتعاقدين معها قد تجاوزت الحد المعقول .

★ فبالنسبة لعقود الأشغال العامة والتوريد والنقل ، اذا استلزم الأمر عند التعاقد النص على جواز تعديل الأثمان المتعاقد عليها بنسبة ما قد يطرأ أثناء التنفيذ على أسعار بعض المواد ، أو على أجور العمال من ارتفاع يراعى أن ينص فى العقد على حد أقصى لنسبة الزيادة . كما يجب أن تحتفظ الادارة بحق المحاسبة على ما قد تتعرض له الأسعار أو الأجور من انخفاض .

★ وقد أخذ القانون الجديد رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ المتعلق باصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات فى الفقرة (د) من المادة (٦٤) بهذا الاتجاه حيث نصت هذه الفقرة على مايلى :

«(د) اذا حدث تغيير فى التعريفة الجمركية أو الرسوم أو الضرائب الأخرى التى تحصل عن الأصناف الموردة فى المدة الواقعة بين تقديم العطاء وآخر موعد للتوريد وكان التوريد قد تم فى غضون المدة المحددة له فيسوى الفرق تبعا لذلك بشرط أن يثبت المتعهد أنه أدى الرسوم والضرائب على الاصناف الموردة على أساس الفئات المعدلة بالزيادة ، أما فى حالة ما اذا كان التعديل بالنقص فتخصم قيمة الفرق من العقد الا اذا أثبت المتعهد أنه أدى الرسوم على أساس الفئات الأصلية قبل التعديل .

وفى حالة التأخير فى التوريد عن المواعيد المحددة فى العقد وكان تعديل فئات

الضرائب والرسوم قد تم بعد هذه المواعيد فان المتعهد يتحمل عن الكميات المتأخرة كل زيادة فى الرسوم والضرائب المشار اليها الا اذا أثبت المتعهد أن التأخير يرجع الى القوة القاهرة ، أما النقص فيها فتخصم قيمته من قيمة العقد» .

★ وجدير بالذكر أن الأخذ بأحكام نظرية الظروف الطارئة يرجع الى اقرار فكرة العدالة ، والمساواة بين دافعى الضرائب وعلى أساس أن لا يلزم أحد طرفى العقد بتنفيذ التزام أصبح أشد ارهاقا أو أكثر تكلفة على وجه يتجاوز ما قدره المتعاقدان ، حين ابرام العقد ، لاسيما وأن العقود الادارية تبرم عادة لمدة طويلة قد يتخللها ظروف طارئة تغاير الظروف التى أبرم فيها العقد وتكون أشد ارهاقا فى تنفيذ الالتزام .

(ثانيا) : الآثار المترتبة على الأخذ بنظرية الظروف الطارئة :

(أولا) : تقع فكرة الظروف الطارئة فى مركز وسط بين الحالة العادية التى يستطيع فيها المتعاقد أن يوفى بالتزاماته التعاقدية وبين حالة القوة القاهرة التى تؤدى الى تحرير المتعاقد من التزاماته . ويمكن رد هذه الآثار الى الأسس التالية :

(١) بقاء التزامات المتعاقد كماهى

(٢) حق المتعاقد فى الحصول على معاونة من الادارة .

(٣) كون هذه المعاونة مؤقتة .

ويشترط القضاء عدم توقف المتعاقد عن تنفيذ العقد بشرط أن يكون التنفيذ ممكنا ولم يتحول الظرف الطارىء الى قوة قاهرة تحول دون التنفيذ .

ونبين ذلك على النحو التالى :

(١) إذا طرأت خلال تنفيذ العقد ظروف استثنائية خارجية عامة ، لم يكن فى الوسع توقعها وقت نشأته ، وترتب على حدوثها أن أختل التوازن المالى للعقد اختلالا خطيرا بحيث أن تنفيذ الالتزام دون أن يصير مستحيلا أصبح أشد ارهاقا وأكثر تكاليفا على وجه يتجاوز القدر الذى كان للطرفين أن يتوقعاه – حسبما سبق بيانه – جاز للمتعاقد مع الادارة مطالبتها بالمساهمة معه فى تحمل النتائج المترتبة على زيادة الأعباء الناشئة عن تلك الظروف ، وذلك بتعويضه تعويضا جزئيا ولمدة مؤقتة بسبب الخسارة التى لحقت به ، مع مراعاة جميع الملابسات المحيطة بالموضوع .

(٢) وجاء بفتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة فى آثار تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية مايلى :

، ان تطبيق نظرية الظروف الطارئة رهينة بأن تطرأ خلال تنفيذ العقد حوادث أو ظروف لم تكن فى حسبان المتعاقد عند ابرام العقد ولا يملك لها دفعا ومن شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالا جسيما ، ويؤدى تطبيق هذه النظرية - بعد أن توافرت شروطها - ألزم الادارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها فى تحمل نصيب من الخسارة بحيث ترد الى الحد المعقول وذلك ضمانا لتنفيذ العقد .

★ فاذا توقف المتعاقد عن تنفيذ العقد المبرم بينه وبين جهة الادارة بعد أن نفذ جزء منه فأن دواعى تطبيق الظروف الطارئة تتخلف بالنسبة له إذ كان يتعين عليه أن يستمر فى التنفيذ حتى يحتفظ بحقه فى المطالبة بتطبيق تلك النظرية أن توافرت شروط اعمالها[١] .

المبحث الثالث

سلطة القاضى المدنى والقاضى الادارى عند نظر المنازعات المتعلقة بالظروف الطارئة ومدى تدخل القاضى فى تحديد التعويض فى النظام المصرى

(أولا) : سلطات القاضى المدنى :

ان سلطات القاضى المدنى فى مواجهة الظروف الطارئة تستند الى أحكام المواد ١٤٧ ، ١٤٨ ، ١٤٩ من القانون المدنى[٢] .

---

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة جلسة ١٩٨٠/٢/٦ - ملف رقم ٧٠٢/٢/٣٢ .

(٢) تنص المادة (١٤٧) من القانون المدنى على مايلى :

«(١) العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التى يقررها القانون .

(٢) ومع ذلك اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها-

ويرى الفقه أنه فى ظل هذه الأحكام أنه يجوز للقاضى المدن أن يحكم بوقف تنفيذ العقد مؤقتا حتى يزول الظرف الطارىء . وقد يرى تعويض المتعاقد تعويضا معقولا مقابل الاستمرار فى تنفيذ الالتزام المرهق ، وقد يرى القاضى انقاص الالتزام المرهق ، ولكنه لا يستطيع أن يحكم بفسخ العقد لأن النص لا يخول له ذلك .

★ ويلاحظ أنه فى حالتى انقاص الالتزام المرهق فى جانب المتعاقد ، وزيادة الالتزام المقابل من جانب الادارة ، أن القاضى لا يرد الالتزام الى الحد المعقول الا بالنسبة الى الحاضر ، ولاشأن له بالمستقبل ، لأنه غير معروف إذ قد يزول أثر الحادث الطارىء فيرجع العقد الى سيرته الأولى قبل التعديل ، وتعود له قوته الملزمة كاملة كما كان فى الأصل ، وذلك طبقا لأحكام القضاء المدنى[1] .

(ثانيا) : سلطات القاضى الادارى :

أما بالنسبة للقضاء الادارى فمعروف أن القاضى الادارى محظور عليه أن يتدخل فى أعمال الادارة ، أو أن يأمرها بأداء شىء معين ، وبالبناء على ذلك فلو أتيح له تعديل الالتزامات التعاقدية ، فان ذلك يكون بمثابة اصدار أوامره الى الادارة العامة بفعل شىء ، ذلك الأمر المحظور عليه والذى يقره مبدأ الفصل بين السلطات .

★ وخير مثال نسوقه فى هذا الشأن ، أن محكمة القضاء الادارى أصدرت حكمها فى قضية هامة تتلخص وقائعها فى أن جهة الادارة قامت بمنافسة ملتزم

- ان تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وان لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين ، بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضى تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك .

وتنص المادة (١٤٨) من القانون المدنى على مايلى :

«(١) يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية .

(٢) ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضا ماهو من مستلزماته . وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام .

وتنص المادة (١٤٩) من القانون المدنى على مايلى :

«اذا تم العقد بطريق الاذعان ، وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضى أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها ، وذلك وفقا لما تقضى به العدالة ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك .

(١) الدكتور/ عبد الرزاق السنهورى «الوسيط» الجزء الأول – ص ٦٤٦ – ٦٤٩ .

تيسير الأتوبيس النهرى فسببت له هذه المنافسة أضرارا مالية كبيرة ، فقضت المحكمة بتعويضه عن طريق تعديل شروط العقد .

ولما طعنت الشركة فى هذا الحكم أمام المحكمة الادارية العليا لم تأخذ باتجاه محكمة القضاء الادارى فيما يتعلق بما قضت به من تعديل شروط العقد ، على سند من أن هذا يعد بمثابة تدخل فى أعمال الادارة .

ولكن بالرغم من اقرار المحكمة الادارية العليا للتعويض ، فقد أسسته على أساس التعويض الجزئى اعمالا لنظرية الظروف الطارئة .....[1] .

(٣) التعويض المستحق للمتعاقد ، ومدى تدخل القاضى فى تحديده فى النظام المصرى :

ان المركز الجديد الذى يوجد فيه المتعاقدان نتيجة للظروف الطارئة ، يعتبر مركزا خارجا عن نطاق تطبيق أحكام العقد ، وعلى الطرفين اعادة النظر فى نصوص العقد وتعديلها على أساس الظروف الجديدة . ونظرا الى أن القاضى الادارى لا يستطيع تعديل هذه النصوص على عكس حكم القانون المدنى المصرى حيث للقاضى أن يرد الالتزام التعاقدى المرهق فى العقود الخاصة الى الحد المعقول ، فانه يدعو الطرفين الى أن يتوليا بنفسهما ذلك .

★ فاذا لم يصل الطرفان الى الاتفاق ، تدخل القاضى حينئذ للحكم بالتعويض المالى الذى ترتبه النظرية ، أى بتوزيع الأعباء الجديدة بين الادارة والمتعاقد معها ، على أساس تقرير الخبراء الذين يعينهم لهذا الغرض اذا تطلب الأمر ذلك .

★ ولا يجوز بأى حال أن يكون من شأن التعويض تحقيق ربح للمتعاقد مع الادارة ، فلا يتناول مافاته من كسب ، بل يقتصر على الخسارة التى لحقته ، كما أنه لا يشمل الخسارة كلها ، فان جزء منها يقع على عاتق المتعاقد مع الادارة وتتحمل الادارة الجزء الأكبر . وهذا ما يميز نظرية الظروف الطارئة عن نظرية

---

(١) المحكمة الادارية العليا : حكمها الصادر فى ١١ مايو سنة ١٩٦٨ س ١٣ ص ٨٧٤ .

(★) وللتوسع فى فهم هذا الموضوع راجع مؤلفنا «قضاء مجلس الدولة مع الاجراءات والصيغ الادارية» .

فعل الأمير ، حيث يعوض المتعاقد مع الادارة تعويضا كليا عن جميع خسائره دون أن يتحمل شيئا[1] .

على أن مشاركة الادارة فى تحمل خسائر المتعاقد معها ليست مناصفة ، على الأقل فى أحكام مجلس الدولة الفرنسى ، اذ أن هذا المجلس مضطرد فى أحكامه على أن تتحمل الادارة النصيب الأكبر فى تلك الخسارة بحيث لا تزيد نسبة الخسائر التى يتحملها المتعاقد معها على ٢٠٪ . بينما قضت محكمة القضاء الادارى بأن المتعاقد يتحمل نصف التكاليف الجديدة ، وتتحمل الادارة النصف الآخر[2] .

● ● ●

(١) دكتور/ توفيق شحاته «مبادىء القانون الادارى» - مرجع سابق - ص ٨٣٦ - ٨٣٨ .
(٢) محكمة القضاء الادارى فى ٥ مايو سنة ١٩٥٣ - المجموعة س ٧ ص ١٠٤٧ .

الفصـل الثانى

تطبيقات قضائية من أحكام القضاء الادارى ، مع عرض نهاية حالة الظروف الطارئة وتطبيقات قضائية من أحكام النقض

المبحث الأول

تطبيقات قضائية من أحكام القضاء الادارى

الحكم الأول :

أحكام المسئولية العقدية وكون الحادث الفجائى مستحيل الدفع .

وتقول المحكمة فى هذا الحكم الهام مايلى :

«إن أحكام المسئولية العقدية تقضى أن يكون هناك خطأ وأن تقوم علاقة السببية بين الخطأ والضرر وانه اذا استحال على المدين أن ينفذ التزامه عينا كان مسئولا عن التعويض لعدم الوفاء ، مالم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه ، ولستحالة التنفيذ اما أن تكون استحالة فعلية أو استحالة قانونية وذلك فى الوقت الذى يجب فيه التنفيذ ، وغنى عن القول أن الاستحالة الفعلية هى من مسائل الواقع الذى يقدره القاضى ويختلف هذا التقدير بحسب ظروف الأحوال وملابساتها ، واذا كانت الاستحالة راجعة الى خطأ المدين لا ينقضى الالتزام ، وان أصبح تنفيذه العينى مستحيلا ، وجب التنفيذ عن طريق التعويض ، وبذا يتحول محل الالتزام من التنفيذ العينى الى التعويض ، فتبقى التأمينات التى كانت تكفل التنفيذ العينى وتتحول الى كفالة التعويض ، وتبقى مدة التقادم سارية ، أما اذا كانت الاستحالة راجعة الى سبب أجنبى فان الالتزام ينقضى أصلا سواء من حيث التنفيذ العينى أو التنفيذ بالتعويض ، والسبب الأجنبى هو الحادث الفجائى أو القوة القاهرة أو خطأ الدائن أو فعل الغير ، ويجب أن تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائى أمرا غير ممكن التوقع ومستحيل الدفع ، فان توافر هذان الشرطان كان الحادث أجنبيا عن الشخص لا يد

له فيه ، ويجب أن يكون عدم استطاعة التوقع لا من جانب المدين بل من جانب أشد الناس يقظة وتبصرا بالأمور ، فالمعيار موضوعى لا ذاتى فلا يكتفى فيه بالشخص العادى ولكن يتطلب أن يكون عدم الامكان مطلقا كما يجب أن تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائى مستحيل الدفع فان أمكن دفع الحادث حتى لو استحالت توقعه لم يكن ثمة قوة قاهرة أو حادث فجائى ، كما يجب أن يكون من شأنه جعل التنفيذ مستحيلا استحالة مطلقة لا بالنسبة للمدين وحده بل بالنسبة الى أى شخص يكون فى موقف المدين ، وهذا مايميز القوة القاهرة والحادث الفجائى عن الحوادث الطارئة التى تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا لا مستحيلا ، ويختلف اثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائى بحسب الأحوال ، فاذا كان هو السبب الوحيد فى وقوع الضرر انعدمت علاقة السببية فلا تتحقق المسئولية ، وقد يكون من أثره الاعفاء من تنفيذ الالتزام بل وقف تنفيذه حتى يزول الحادث فيبقى الالتزام موقوفا على أن يعود واجب التنفيذ بعد زوال الحادث ، وغنى عن القول أنه يجوز للطرفين أن يعدلا باتفاقهما من أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائى ، فيتفقا مثلا على أن المدين لا يخلى من التزامه ويتحمل بذلك تبعة السبب الأجنبى فلا ينقضى الالتزام حتى ولو استحال تنفيذه بسبب أجنبى ويتحول محله الى تعويض ، ويكون المدين فى هذه الحالة ازاء الدائن بمثابة المؤمن يؤمنه من الحوادث التى ترجع الى القوة القاهرة .

وكل ما تقدم من القواعد قننها المشرع المصرى فى القانون المدنى ، ولئن كان مجال تطبيق هذه القواعد في مجال روابط القانون الخاص الا أن القضاء الادارى قد اطرد على الأخذ بها باعتبارها من الأصول العامة التى يجب النزول عليها فى تحديد الروابط الادارية فى مجال القانون العام مادامت تتفق مع تسيير المرافق العامة وتكفل التوفيق بين ذلك وبين المصالح الفردية الخاصة ، وقد ردد البند الخامس من العقود الثلاثة المبرمة مع المطعون عليه النص على اعفائه من المسئولية عند وقوع القوة القاهرة[(١)] .

الحكم الثانى :

التمييز بين نظرية التوازن المالى والظروف الطارئة :

تقول محكمة القضاء الادارى :

---

(١) المحكمة الادارية العليا : ١٩٥٩/١٢/١٢ فى القضية ٤/٦٨٩ ق - مجموعة العشر سنوات - جزء/ ٢ ص - ١٣٦٠ - ١٣٢٣ .

،ان مفاد نظرية الطوارىء غير المتوقعة أو الظروف الطارئة حسبما وضع أصولها وقواعدها الفقه والقضاء الاداري ، أنه اذا حدث أثناء تنفيذ العقد الاداري أن طرأت ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند ابرام العقد فقلبت اقتصادياته ، واذا كان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلا بل أثقل عبئا وأكثر تكلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول ، واذا كانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة المألوفة العادية التي يحتملها أي متعاقد تؤدي الى خسارة فادحة استثنائية وغير عادية ، فان من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسارة التي تحملها فيعوضه تعويضا جزئيا ، وبذلك يضيف الى التزامات المتعاقد معه التزاما جديدا لم تكن محل اتفاق بينهما .. ومن هنا تختلف هذه النظرية عن نظرية التوازن المالي للعقد من ناحية أن نظرية التوازن المالي للعقد ،القائمة على فعل الأمير، تقوم على مقابلة الحق المعترف به لجهة الادارة في تعديل العقد الاداري للمصلحة العامة باصلاح ما يحدث للعقد الذي هو طرف فيه . وأما في نظرية الظروف الطارئة فانه بالرغم من أن الضرر الذي يقع يرجع الى سبب غريب عن جهة الادارة – وغالبا ما يكون حادثا أو ظرفا اقتصاديا – فان العقد يظل قائما وموجودا كما هو . هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فان التعويض تأسيسا على نظرية التوازن المالي للعقد يكون تعويضا كاملا عن جميع الأضرار التي تصيب المتعاقد . أما في حالة الظروف الطارئة فانه يكون مقصورا على معاونة ومساهمة في مقدار الضرر .

ونظرية الظروف الطارئة تؤدي الى أن ،يفرض على الدائن التزام ينشأ من العقد الاداري ويولده هذا العقد ، ويخلفه – وغالبا ما يكون الدائن هو جهة الادارة – وهذا الالتزام هو أن يدفع الدائن للمدين تعويضا لكفالة تنفيذ العقد تنفيذا صحيحا متى كان من شأن الظروف أو الأحداث غير المتوقعة أن تثقل كاهل هذا المدين بخسارة يمكن اعتبارها قلبا لاقتصاديات العقد فانه يجب لاستحقاق المتعاقد مع جهة الادارة هذا التعويض عن الأعباء الخارجة عن العقد توافر شروط ثلاثة وهي :

(أولا) : أن يكون الحادث أو الظرف أجنبيا عن المتعاقدين أي مستقلا عن ارادتهما ولا دخل لهذه الارادة في وقوعه .

(ثانيا) : أن يكون الظرف أو الحادث مما لا يمكن توقعه عادة ولم يكن في

حسبان المتعاقدين ونيتهما المشتركة عند ابرام العقد . ويقتضى هذا الشرط البحث فى عناصر ثلاثة :

(الأول) : طبيعة الحادث أو الظرف نفسه ، كأن يكون مثلا من الأمور الاقتصادية كارتفاع الأجور وأثمان المواد الأولية .

(والثانى) : أهمية الحادث أو الظرف الاستثنائى لأن التعويض لا يستحق الا اذا جاوز ارتفاع الأثمان أو الأجور الحد الذى يطيقه المتعاقد أو مالا يستطيع مواجهته ويترتب عليه أعباء اضافية لايستطيع احتمالها .

(والثالث) : عنصر الزمن أى تحديد الوقت الذى أبرم فيه العقد للتحقق عما اذا كان المتعاقدان يتوقعان فى هذا التاريخ أن ستنقلب اقتصاديات العقد أم لا .

ومفاد ماتقدم أن التعويض لا يستحق الا اذا انقلبت اقتصاديات العقد ، بمعنى أن يترتب على تنفيذ العقد خسارة تجاوز فى فداحتها الخسارة العادية المألوفة التى يتحملها أى متعاقد أثناء التنفيذ . ولما كان التعويض الذى يدفع لا يشمل الخسارة كلها ولا يغطى الا جزء من الأضرار التى تصيب المتعاقد ، فليس له أن يطالب بالتعويض الكامل بدعوى أن أرباحه نقصت أو لفوات كسب ، كما أنه يجب أن تكون الخسارة واضحة ومتميزة ، بمعنى أن يكون تقدير قلب اقتصاديات العقد قائما على أنه يدخل فى الحساب جميع عناصر العقد التى تؤثر فى اقتصادياته ، فيعتبر العقد فى ذلك وحدة ويفحص فى مجموعه لا أن ينظر الى أحد عناصر فقط بل يكون ذلك بمراعاة جميع العناصر التى يتألف منها اذ قد يكون بعض هذه العناصر مجزيا ويعوض عن العناصر التى تستتبع الخسارة . ومن ثم فان انقلاب اقتصاديات العقد مسألة لا تظهر ولا يمكن التحقيق من وجودها الا من المستخلصات النهائية وعند عمل الحساب النهائى وهو لا يكون الا بعد انجاز الأعمال ، وبذلك يمكن تحديد التعويض وطلبه على أساس نظرية الظروف الطارئة[1] .

---

(١) محكمة القضاء الادارى – حكمها المطول الصادر فى ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ – وراجع أحكامها الأخرى حكمها الصادر فى ١٤ يوليو سنة ١٩٦٠ – السنة ١٤ ص ٩٤ ، وحكمها الصادر فى ١٤ ابريل سنة ١٩٦٠ – السنة ١٤ ص ٣٦ .

الحكم الثالث :

تطبيق نظرية الظروف الطارئة فى الفقه وقضاء المحكمة الإدارية العليا :

وتقول المحكمة :

«ومن حيث أن تطبيق نظرية الحوادث الطارئة فى الفقه والقضاء الادارى رهين بأن تطرأ خلال تنفيذ العقد الادارى حوادث طبيعية كانت أو اقتصادية أو من عمل جهة ادارية غير الجهة الادارية المتعاقدة أو من عمل انسان آخر ، لم تكن فى حسبان المتعاقد عند ابرام العقد ولا يملك لها دفعا ، ومن شأنها أن تنزل به خسائر فادحة يختل معها اقتصاديات العقد اختلالا جسيما . ومؤدى تطبيق هذه النظرية عند توافر شروطها الزام جهة الادارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها فى احتمال نصيب من الخسارة التى أحاقت به طوال فترة قيام الظرف الطارىء ، وذلك ضمانا لتنفيذ العقد الادارى . واستدامة لسير المرفق العام الذى يخدمه ، يقتصر دور القاضى الادارى على الحكم بالتعويض دون أن يكون له تعديل الالتزامات التعاقدية» **وفى هذه الفقرة المركزة ، لخصت المحكمة الادارية العليا أحكام نظرية الظروف الطارئة أجمل تركيز .**

وباعمال هذه المبادىء على وقائع القضية قالت المحكمة : «واذ قامت محافظة القاهرة بتسيير لنشات للنزهة فى النيل من القاهرة الى حلوان والحوامدية ومركز الصف فى نطاق الخط الملاحى الذى يستغله المتعاقد المذكور ، فان ذلك يعد حادثا طارئا لم يكن فى حسبان المدعى عند التعاقد ، ولا يملك له دفعا ، ومن شأن هذا الحادث أن يقلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب ، وقضت المحكمة بتعويضه جزئيا بما يمكنه من الاستمرار فى التنفيذ[1] .

الحكم الرابـع :

التعويض الذى يدفع للمتعاقد فى ظل نظرية الظروف الطارئة لا يشمل الخسارة كلها :

وتقول المحكمة الادارية العليا :

«استأجر متعاقد سوق طنطا العمومى فى مقابل مبلغ يدفع على أقساط سنوية .

---

(١) المحكمة الادارية العليا : حكمها فى ١١ مايو سنة ١٩٦٨ س ١٣ ص ٨٧٤ .

وحدث أن توقف عن الدفع ابتداء من شهر يونية ١٩٦١ الى آخر أغسطس من ذات العام بحجة أن وباء دودة القطن الذى استشرى فى ذلك العام ، منع الفلاحين من ارتياد السوق . فألحق به ضررا جسيما ، وطلب خصم الاقساط المستحقة من التأمين المودع لدى جهة الادارة ، فرفضت كل من محكمة القضاء الادارى ، والمحكمة الادارية العليا أجابته الى طلبه ، وأثيرت فى القضية دفوع كثيرة يعنينا منها دفع يتعلق بالظرف الطارىء . وفى هذا الحكم الحديث حرصت المحكمة الادارية العليا على أن تلقى بعض الأضواء الجديدة على النظرية فقالت : «ومن حيث أن نظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة المجردة التى هى قوام القانون الادارى ، كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة ، فرائد جهة الادارة هو كفالة حسن سير المرافق العامة باستمرار وانتظام ، وحسن أداء الأعمال والخدمات المطلوبة وسرعة انجازها . كما أن هدف المتعاقد مع الادارة هو المعاونة فى سبيل المصلحة العامة ، وذلك بأن يؤدى التزامه بأمانة وكفاية لقاء ربح مجز ، وأجر عادل ، وهذا يقتضى من الطرفين التساند والمشاركة للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من صعوبات ، وما يصادفه من عقبات ، فمفاد نظرية الظروف الطارئة أنه اذا طرأت أثناء تنفيذ العقد الادارى ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند ابرام العقد فقلبت اقتصادياته ، واذا كان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلا ، بل أثقل عبئا ، وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول ، وكانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسائر المألوفة العادية التى يحتملها أى متعاقد ، الى خسارة فادحة استثنائية وغير عادية ، فان من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته فى هذه الخسارة التى تحملها فيعوضه عنها جزئيا .... ولما كان التعويض الذى يدفع طبقا لهذه النظرية لا يشمل الخسارة كلها ، ولا يغطى الا جزء من الأضرار التى تصيب المتعاقد ، فليس له أن يطالب بالتعويض الكامل بدعوى أن أرباحه قد نقصت أو لفوات كسب ضاع عليه ، كما أنه يجب أن تكون الخسارة متميزة»[1] .

الحكم الخامس :

شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة :

تقول المحكمة الادارية العليا :

«يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد الادارى

---

(١) المحكمة الادارية العليا - حكمها فى ١٧ يونية سنة ١٩٧٢ س ١٧ ص ٥٧٦ .

حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية أو ظروف من عمل جهة الادارية غير المتعاقدة ، أو ظروف من عمل انسان آخر ، لم يكن فى حسبان المتعاقد عند ابرام العقد توقعها ولا يملك لها دفعا ، ويشترط فى هذه الظروف أن يكون من شأنها انزال خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالا جسيما . ومتى توافرت هذه الشروط أصبحت جهة الادارة المتعاقدة ملزمة بمشاركة المتعاقد معها فى تحمل نصيب من خسائره ضمانا لتنفيذ العقد على النحو الذى يكفل حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد . وفى تقدير مدى الاختلال الحادث فى العقد بسبب الظرف الطارىء ، ويتعين الأخذ فى الاعتبار جميع عناصره المؤثرة فى اقتصادياته بمافيها كامل قيمة العقد ومدته ، فيفحص فى مجموعه كوحدة واحدة دون الوقوف عند أحد عناصره أو العناصر الخاسرة . ومؤدى ذلك أن التعويض الذى تلتزم به جهة الادارة لا يستهدف تغطية الربح الضائع أيا كان مقداره ، أو الخسائر العادية المألوفة فى التعامل ، وانما أساسه تحمل جهة الادارة المتعاقدة لجزء من خسارة حقيقية وفادحة تندرج فى معنى الخسارة الجسيمة ......[1] .

المبحث الثانى

نهاية حالة الظروف الطارئة ومدى إقتراب نظرية الظروف الطارئة فى آثارها من نظرية القوة القاهرة ، وتطبيقات قضائية من أحكام النقض

(أولا) : نهاية حالة الظروف الطارئة :

لا تستهدف أحكام نظرية الظروف الطارئة الا مواجهة أزمة يجتازها المتعاقد مع الادارة المتعاقدة معه أما اذا تبين أن اختلال التوازن المالى لبعض العقود ، لاسيما عقود التزام المرافق العامة . أصبح نهائيا بحيث لا يمكن علاجه ، وأن الطرفين لا يصلان الى الاتفاق على تعديل العقد ، وأن المرفق العام موضوع هذا العقد أصبح

---

(١) المحكمة الادارية العليا : حكمها فى ١٦ مايو سنة ١٩٨٧ - الطعن رقم ٣٥٦٢ لسنة ٣٩ قضائية.

لا يتفق مع حاجات أفراد الجمهور كأن يفضلوا مرفق النقل بالسيارات العامة على التزام المرافق العامة ، ففى مثل تلك الأحوال ، عدل مجلس الدولة الفرنسى عن تطبيق نظرية الظروف الطارئة والتمس حلا آخر وهو فسخ العقد .

وفى هذه المرحلة القصوى تقترب نظرية الظروف الطارئة فى آثارها من نظرية القوة القاهرة ، اذ أن النتيجة فى كلا الحالين هى فسخ العقد .

ومع ذلك فإن فسخ العقد يختلف فى كل من الظرفين : ففى حالة القوة القاهرة يترتب فسخ العقد على تعرض المتعاقد مع الادارة لصعاب لا يستطيع التغلب عليها ، بينما فى حالة تغير ظروف العقد الاقتصادية تغير نهائيا على أثر الحوادث الطارئة ، يكون فسخ العقد مترتبا على اختلال التوازن المالى للعقد اختلالا نهائيا وفى حدود تتجاوز القدر المعقول الذى قدره الطرفان وقت ابرامه .

(ثانيا) : تطبيقات قضائية من أحكام محكمة النقض :

★ استقرت أحكام محكمة النقض المصرية على أن الحرب قد تكون قوة قاهرة بما ينجم عنها من أحداث مادية ومن أزمات اقتصادية ، مادامت مستحيلة الدفع غير متوقعة[1] . والذى يجب أن يستحيل توقعه ودفعه ليس هو الحرب ذاتها ، بل ما خلفته من أحداث اضطرابات فاذا هاجم العدو بلدا ، ودخلها فاتحا ، وطرد منها سكانها ، كان هذا الحادث قوة قاهرة تعفى المقاول من التزامات المقاولة وهكذا . فشرط ذلك أن يكون المتعاقد لم يتوقع هذا الغزو ولم يستطع دفعه . أما اذا كانت الظروف التى تحيط بالمتعاقد تمكنه من اتخاذ احتياطات معقولة ولم يتخذها ، كان هذا خطأ فى جانبه يحقق مسئوليته اذا تسبب عنه ضرر . وقد تكون الحرب سببا فى تقلب سعر العملة وانقطاع المواصلات وغلاء الحاجيات والمواد الأولية ، فتكون قوة قاهرة ترفع المسئولية عن المدين فى هذه الأحوال .

وكالحرب صدور تشريع أو أمر ادارى واجب التنفيذ ، أو وقع زلزال ، أو حريق ، أو غرق ، أو هبوب عاصفة ، أو حدوث مرض طارىء ، أو اضراب غير متوقع ، أو سرقة ، أو تلف ، أو نحو ذلك .

---

(١) (نقض مدنى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٥٦ – مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٤٥ ص ١٠٢٢) .
ونقض مدنى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٥٩ – مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ١٠٣ ص ٦٧٧ .

★ وبهذه المناسبة قضت محكمة النقض «أنه لا ينفسخ الإلتزام التعاقدى الا اذا اصبح الوفاء به مستحيلا استحالة مطلقة بسبب قوة قاهرة أو حادث جبرى طارىء لا قبل للمدين بدفعه أو توقعه وأن يكون ذلك بسبب أجنبى عنه . واذن فمتى كان المدين قد تعهد بتوريد مقدار معين من الذرة الى احدى الجهات الحكومية ، وكانت القرارات التي أصدرتها وزارة التموين إبان التعاقد بالاستيلاء على هذه الغلة ليست عامة بل تناولت كميات معينة منها وفى بعض الجهات دون بعضها ، فأنه لم يكن من المستحيل على المدين استحالة مطلقة تنفيذ تعهده ، سيان أن يكون هذا التنفيذ قد أرهقه أم لم يرهقه ، خصوصا اذا كان التعاقد قد تم فى ظل قيام الأحكام العرفية مما جعل أوامر الاستيلاء متوقعة الحصول من وقت لآخر وينتفى معه القول بقيادة القوة القاهرة » .

★ كذلك قضت محكمة النقض بأن تقدير ما اذا كانت الواقعة المدعى بها تعتبر قوة قاهرة هو تقدير موضوعى تملكه محكمة الموضوع ، مادامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة من الحوادث المستحيلة التوقع .

وقد يكون من أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائى لا الاعفاء من تنفيذ الالتزام . بل وقف تنفيذه حتى يزول الحادث ، فيبقى الالتزام موقوفا على أن يعود واجب التنفيذ بعد زوال الحادث .

(ثالثا) : أمثلة بشأن الحوادث الاستثنائية العامة التى لم يكن فى الوسع توقعها ويترتب عليها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى وأن لم يصبح مستحيلا أصبح مرهقا :

وتقول المحكمة :

«تنص المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى على أنه «اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضى تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ، ومناط تطبيق هذا النص أن يكون الالتزام الذى حصل الاتفاق عليه بين المتعاقدين قائما ، وأن تنفيذه بالشروط المتفق عليها بينهما يصبح مرهقا للمدين بسبب الحادث الطارىء ، أما اذا كان الالتزام الأصلى قد تغير فانه يمتنع تطبيقه . فاذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أن تغيير المواصفات الخاصة بنسبة الدسم

والمواد الصلبة فى الألبان نتيجة القرار الوزارى الصادر فى هذا الشأن بعد ابرام العقد وتنفيذه جزئيا يقتضى تعديل السعر المتفق عليه ، فانه لا يكون قد خالف القانون أو شابه قصور»[1] .

(رابعا) : تقرير ما اذا كانت الواقعة المدعى بها تعتبر قوة قاهرة هو تقدير يملكه قاضى الموضوع :

وتقول المحكمة :

«تقرير ما اذا كانت الواقعة المدعى بها تعتبر قوة قاهرة ، هو تقدير يملكه قاضى الموضوع فى حدود سلطته التقديرية فاذا كان الحكم المطعون فيه قد نفى قيام القوة القاهرة بما قرره من أن الطرفين كانا يتوقعان وقت ابرام العقد عدم امكان الحصول على اذن استيراد لشحن البضاعة الى مصر فنص صراحة فيه على أنه اذا لم يحصل الطاعن على الاذن فى الموعد المتفق عليه تباع البضاعة فى الخرطوم لحسابه ، وكان المعنى الظاهر لهذا الشرط أنه يشمل جميع حالات عدم الحصول على اذن الاستيراد ، فان الحكم اذ اعتمد هذا المعنى الذى تحمله عبارة العقد الظاهرة ورتب على ذلك قضاءه لا يكون قد خالف القانون»[2] .

(١) الطعن رقم ٥٦ لسنة ٢٦ ق - جلسة ١٩٦١/٥/١١ .

(٢) الطعن رقم ٢٥٨ سنة ٣١ ق - جلسة ١٩٦٦/٢/٢٢ .

البـــاب التاســـع

تطبيقات من الأحكام الحديثة للمحكمة الادارية العليا فى المنازعات الادارية المتعلقة بنظرية فعل الأمير - ونظرية الظروف الطارئة - ومفهوم الصعوبات المادية غير المتوقعة - والقوة القاهرة

الباب التاسع

تطبيقات من الأحكام الحديثة للمحكمة الادارية العليا في المنازعات الادارية المتعلقة بنظرية فعل الأمير ونظرية الظروف الطارئة - ومفهوم الصعوبات المادية غير المتوقعة - والقوة القاهرة

ونتناول ذلك بالمباحث التالية :

الفصل الأول
نظرية فعل الأمير

القاعدة الأولى :

تدخل القضاء الادارى لتحقيق التوازن المالى للعقد الادارى تطبيقا لنظرية فعل الأمير مناطه توافر شروطها ومن بينها أن يكون الفعل الضار صادرا من جهة الادارة المتعاقدة :

وجاء بالحكم التالى مايلى :

ان تدخل القضاء الادارى لتحقيق التوازن المالى للعقد الادارى تطبيقا لنظرية فعل الأمير مناطه توافر شروط هذه النظرية ومن بينها شرط أن يكون الفعل الضار صادرا من جهة الادارة المتعاقدة ، فاذا ما صدر هذا الفعل عن شخص معنوى عام غير الذى أبرم العقد تخلف أحد شروط نظرية فعل الأمير وامتنع بذلك تطبيق أحكامها ، ولكن ذلك الامتناع لا يحول دون تطبيق نظرية الحوادث الطارئة اذا ما توافرت شروطها[١] .

---

(١) المحكمة الادارية العليا : ١٥٦٢ - ١٠ (١٩٦٨/٥/١١) ٨٧٤/١١٧/١٣ .

القاعدة الثانية :

عقد توريد – صدور القانون رقم ٢٠٤ لسنة ١٩٦٠ خلال فترة الامتداد وتضمنه نصا برفع قيمة الزيادة فى رسم الاحصاء الجمركى – تحمل جهة الادارة قيمة الزيادة – أساس ذلك هو ما ورد فى العقد من شروط تحكم هذه الحالة وليس نظرية فعل الأمير :

وجاء بالحكم مايلى :

ان صدور القانون رقم ٢٠٤ لسنة ١٩٦٠ خلال فترة الامتداد هذه يترتب عليه أن تتحمل الهيئة ، دون الشركة بقيمة الزيادة فى رسم الاحصاء الجمركى المقررة بموجب هذا القانون دون حاجة الى الخوض فى نظرية فعل الأمير لأن هذه النظرية انما يلجأ اليها فى حالة طلب التعويض عن أمر غير متوقع وقت ابرام العقد ولكن الثابت أن المتعاقدين قد توقعا عند ابرام العقد ، زيادة الرسوم الجمركية والضرائب وأجور النقل أو نقصها ووضحها نص البند الثالث عشر من الشروط العامة ليحكم هذه الحالة[1] .

القاعدة الثالثة :

لا يسوغ للمتعاقد مع الادارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق العام بحجة أن ثمة اجراءات ادارية قد أدت الى اخلال الادارة بالوفاء بأحد التزاماتها قبله – يتعين عليه أن يستمر فى التنفيذ ثم يطالب جهة الادارة بالتعويض أن كان لذلك مقتض :

وجاء بالحكم التالى مايلى :

من المبادىء المقررة أن العقود الادارية تتميز بطابع خاص ، مناطه احتياجات المرفق الذى يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة ولما كان العقد الادارى يتعلق بمرفق عام فلا يسوغ للمتعاقد مع الادارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق ، بحجة أن ثمة اجراءات ادارية قد أدت الى الاخلال بالوفاء بأحد التزاماتها قبله ، بل يتعين عليه ازاء هذه الاعتبارات أن يستمر فى التنفيذ مادام ذلك فى استطاعته : ثم يطالب جهة الادارة بالتعويض عن

---

(١) المحكمة الادارية العليا : ١٤٧ – ١١ (١٩٦٩/١/١١) ١٤/٣٠/٢٣٢ .

اخلالها بالتزامها أن كان لذلك مقتض وكان له فيه وجه حق فلا يسوغ له الامتناع عن تنفيذ العقد بارادته المنفردة ، والا حقت مساءلته عن تبعة فعله السلبى[١] .

الفصل الثانى
نظرية الظروف الطارئة

القاعدة الأولى :

مناط أعمالها أن تطرأ خلال تنفيذ العقد الادارى حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية أو من عمل جهة ادارية غير الجهة الادارية المتعاقدة أو من عمل انسان آخر لم تكن فى حسبان المتعاقد عند ابرام العقد ولا يملك لها دفعا وأن يكون من شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالا جسيما - أثر ذلك . الزام الجهة الادارية المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها فى احتمال نصيب من الخسارة التى لحقت به طوال فترة قيام الظرف الطارىء :

وجاء بالحكم التالى مايلى :

ونظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة المجردة التى هى قوام القانون الادارى كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة فرائد الجهة الادارية هو كفالة حسن سير المرافق العامة باستمرار وانتظام وحسن أداء الأعمال والخدمات المطلوبة وسرعة انجازها كما أن هدف المتعاقد مع الادارة هو المعاونة فى سبيل المصلحة العامة وذلك بأن يؤدى التزامه بأمانة وكفاية لقاء ربح وأجر عادل وهذا يقتضى من الطرفين التساند والمشاركة للتغلب على مايعترض تنفيذ العقد من صعوبات وما يصادفه من عقبات . فمفاد نظرية الظروف الطارئة أنه اذا طرأت أثناء تنفيذ العقد الادارى ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند ابرام العقد فقلبت اقتصادياته ، واذا كان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلا بل أثقل عبئا وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول وكانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة المألوفة العادية التى يحتملها أى متعاقد الى خسارة فادحة استثنائيا وغير عادية فان من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته فى هذه الخسارة التى تحملها فيعوضه عنها تعويضا جزئيا : وبذلك يضيف الى التزامات

المتعاقد معه التزاما جديدا لم يكن محل إتفاق بينهما ومؤدى ذلك أن يفرض على الدائن التزام ينشأ من العقد الادارى ، هذا الالتزام هو أن يدفع الدائن للمدين تعويضا لكفالة تنفيذ العقد تنفيذا صحيحا متى كان من شأن الظروف أو الأحداث غير المتوقعة أن تثقل كاهل هذا المدين بخسارة يمكن اعتبارها قلبا لاقتصاديات العقد : على أن التعويض الذى يدفعه الدائن يكون تعويضا جزئيا عن الخسارة المحققة التى لحقت المدين ، ولما كان التعويض الذى يدفع طبقا لهذه النظرية لا يشمل الخسارة كلها ولا يغطى الا جزءا من الأضرار التى تصيب المتعاقد فان المدين ليس له أن يطالب بالتعويض بدعوى أن أرباحه قد نقصت أو لفوات كسب ضاع عليه كما أنه يجب أن تكون الخسارة واضحة متميزة ، ومن ثم يجب لتقدير انقلاب اقتصاديات العقد واعتبارها قائمة أن يدخل فى الحساب جميع عناصر العقد التى تؤثر فى اقتصادياته واعتبار العقد فى ذلك وحدة ويفحص فى مجموعه لا أن ينظر الى أحد عناصره فقط بل يكون ذلك بمراعاة جميع العناصر التى يتألف منها ، اذ قد يكون بعض هذه العناصر مجزيا ومعوضا عن العناصر الأخرى التى أدت الى الخسارة ؛ ومن ثم فان انقلاب اقتصاديات العقد مسألة لا تظهر ولا يمكن التحقق من وجودها الا بعد انجاز جميع الأعمال المتعلقة بالعقد[1] .

القاعدة الثانية :

الأسباب الطارئة التى تؤدى الى تغيير طارىء كتقلب سعر السوق وسعر العملة ، وتعديل الضرائب والرسوم الجمركية - شروط المناقصة - التزام المتعاقد مع الادارة بما يترتب على تغير القيمة فى حالتى تقلب سعر السوق وسعر العملة ، والتزام الادارة بذلك فى حالة تعديل الضرائب والرسوم الجمركية :

وجاء بالحكم التالى مايلى :

ان أحكام الشروط العامة للمناقصة تنص فى المادة ٢٠ (المعدلة بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣) على أن تقدم العطاءات عن توريد الاصناف على أساس التعريفة الجمركية ورسوم الانتاج وغيرها من أنواع الرسوم والضرائب المعمول بها وقت تقديم العطاء ، فاذا حصل تغيير فى التعريفة الجمركية أو الرسوم الأخرى أو الضرائب فى المدة الواقعة بين تقديم العطاء وآخر موعد للتوريد وكان التوريد قد تم

(١) المحكمة الادارية العليا ٤٦ - ١٤ (١٩٧٢/٦/١٧) ٥٧٦/٨٢/١٧ .

في غضون المدة المحددة فيسرى الفرق تبعا لذلك بشرط أن يثبت المقاول أنه سدد الرسوم والضرائب من الاصناف الموردة على أساس الفئات المعدلة بالزيادة ، أما في حالة ما اذا كان التعديل بالنقص فتخصم قيمة الفرق من العقد الا اذا أثبت المقاول أنه سدد الرسوم على أساس الفئات الأصلية قبل التعديل ، في حين تنص المادة ٦١ من الشروط العامة (المعدلة بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣) على أنه «يعمل الحساب الختامي بالتطبيق للفئات الواردة بالجدول بصرف النظر عن تقلبات الأسعار وسعر العملة» . كما تنص المادة ٦٢ على أن «يتحمل المقاول كل زيادة تحصل في أثمان المهمات أو الشحن أو النقل البحرى والتأمين بكافة أنواعه أو اليد العاملة أو خلافهما أثناء مدة العمل ولا يقبل منه أى طلب بالزيادة لهذا السبب وليس له الرجوع لأى سبب كان عن الأثمان التى قبلها» .

ويبين من استظهار هذه النصوص أن الحكم يختلف باختلاف السبب الطارىء المؤثر على قيمة العطاء فاذا كان هذا السبب راجعا الى تقلب السوق وسعر العملة التزم المقاول بما يترتب على ذلك من آثار سواء بالزيادة أو النقصان أما اذا كان السبب راجعا الى تعديل الضرائب والرسوم الجمركية التزمت الوزارة بما يترتب عليه من آثار على النحو المبين في المادة (٢٠) المشار اليها يستوى في ذلك أن يكون السبب المؤثر على قيمة العطاء بعد تقديمه قد طرأ قبل أو بعد اتمام اجراءات التعاقد[1] .

الفصل الثالث
الصعوبات المادية غير المتوقعة

القاعدة الأولى :

مسئولية المقاول الكاملة ، وفقا للشروط العامة للعقد عن جميع الصعوبات المادية التى تصادفه سواء كانت متوقعة أو غير متوقعة لا تخوله حق مطالبة الجهة الادارية المتعاقدة معه بزيادة فئات الأسعار مشاركة منها فى الخسائر التى تكون قد لحقته بسبب الصعوبات المادية غير المتوقعة مهما ترتب عليها من ارهاق للمقاول :

---

(١) المحكمة الادارية العليا : ١١٨٦ – ١٠ (١٩٦٧/١١/٢٥) ١٢١/١٩/١٣ .

وجاء بالحكم مايلى :

اذا كان مفاد النصوص الواردة فى الشروط العامة أن المقاول مسئول مسئولية كاملة عن جميع الصعوبات المادية التى تصادفه سواء كانت متوقعة أم غير متوقعة ، وليس من شأن الصعوبات المادية غير المتوقعة مهما ترتب عليها من ارهاق للمقاول أن تخوله حق مطالبة الجهة الادارية المتعاقدة معه بزيادة فئات الأسعار مشاركة منها فى الخسارة التى تكون قد لحقته ، اذ أن الصعوبات سالفة الذكر – أيان كان شأنها – لا ترقى الى مستوى الحوادث الطارئة الموجبة لالزام الادارة بتحمل نضيب فى الخسارة الفادحة التى تختل بها اقتصاديات العقد اختلالا جسيما ، وذلك ضمانا لتنفيذ العقد الادارى واستدامة سير المرفق العام الذى يخدمه[١] .

القاعدة الثانية :

مسئولية المقاول فى حالة تأخره فى تنفيذ التزاماته اذا كان مرد ذلك الى أسباب لم يكن فى الامكان توقعا وقت تقديم العطاء وكانت خارجة عن ارادته – سلطة الجهة الادارية المتعاقدة فى تقدير هذه الأسباب – انقضاء غرامات التأخير منوط بتقدير الجهة الادارية :

وجاء بالحكم مايلى :

ولئن كانت الشروط العامة قد جعلت المقاول – كقاعدة عامة ،– مسئولا عن الصعوبات المادية المتوقعة وغير المتوقعة ، الا أنها استثناء من هذه القاعدة العامة أعفت فى البند ٤٠ منها المقاول من المسئولية في حالة تأخره فى تنفيذ التزاماته اذا كان مرد ذلك الى أسباب لم يكن فى الامكان توقعها وقت تقديم العطاء وكانت خارجة عن ارادته ، وناطت بمدير عام الهيئة سلطة تقدير هذه الأسباب شريطة أن يقوم المقاول بابلاغه عنها فورا عند حصول أى حادث يرى أنه سيكون سببا فى تأخير انهاء الأعمال . وغنى عن البيان أن اقتضاء غرامات التأخير منوط – وفقا لما هو مقرر فى فقه القانون الادارى – بتقدير الجهة الادارية بحسبانها القوامة على حسن سير المرافق العامة والقائمة تبعا لذلك على تنفيذ شروط العقد[٢] .

---

(١) المحكمة الادارية العليا : ٣١١ – ١١ (١٩٦٩/٦/١٤) ٧٧٨/١٠٣/١٤ .
(٢) المحكمة الادارية العليا : ٣١١ – ١١ (١٩٦٩/٦/١٤) ٧٧٨/١٠٣/١٤ .

الفصل الرابع
القوة القاهـرة

القاعدة الأولى :

الاستحالة الناشئة عن سبب أجنبي ينقضي بها أصلا الالتزام - الشروط الواجب توافرها في السبب الأجنبي ، لا يجوز للمتعاقدين أن يعدلا من أثر القوة القاهرة :

وجاء بالحكم مايلي :

اذا كانت الاستحالة ناشئة عن سبب أجنبي فان الالتزام ينقضي أصلا : والسبب الأجنبي هو الحادث الفجائي أو القوة القاهرة أو خطأ الدائن أو فعل الغير ، ويجب أن يكون الحادث غير متوقع ومستحيل الدفع ويكون من شأنه أن يجعل التنفيذ مستحيلا ؛ وغني عن البيان أنه لا يجوز للمتعاقدين أن يعدلا باتفاقهما من أثر القوة القاهرة ، فيتفقا مثلا على أن يتحمل المدين بالأثر[١] .

القاعدة الثانية :

الشروط الواجب توافرها في السبب الأجنبي والقوة القاهرة - أثر امكان الحادث الذي يعتبر قوة قاهرة :

وجاء بالحكم مايلي :

وان كان الاجراء الذي اتخذته مصلحة الآثار بمنع العمل في الموقع لمدة تسعة أشهر يستند الى ما لهذه المصلحة من سلطة عامة في تنفيذ القوانين المتعلقة بالآثار ؛ غير أنه مع ذلك لا يعتبر بمثابة القوة القاهرة أو السبب الأجنبي الذي يعفي جهة الادارة المتعاقدة من تنفيذ التزامها المشار اليه ، ذلك لأنه من الأمور المسلمة أنه يشترط في القوة القاهرة أو السبب الأجنبي أن يكون غير ممكن التوقع مستحيل الدفع ، فاذا أمكن توقع الحادث حتى لو استحال دفعة أو أمكن دفع الحادث ولو استحال توقعه لم يكن

---

(١) المحكمة الادارية العليا : ١٣٣٠ / ١٢٤٠ - ط ١ (١٩٦٩/٢/١٥) ٣٧٣/٤٨/٦٤ .

قوة قاهرة ولا يترتب عليه اعفاء المدين من التزامه ، والذى يبين من الاطلاع على المادة السادسة والعشرين من عقد الاشغال العامة المبرم بين المدعى وجهات الادارة المدعى عليها أن العمل كان يجرى فى منطقة أثرية وأنه كان من الأمور المتوقعة عند ابرام العقد توقف العمل فيه لوجود آثار فى الموقع ، ويترتب على ذلك أن تدخل مصلحة الآثار وايقاف العمل كان أمرا متوقعا ولذلك فلا يعتبر هذا العمل سببا أجنبيا أو قوة قاهرة يترتب عليها أن يتحلل المدعى عليهم من التزامهم بالمضى فى تنفيذ العمل المتعاقد عليه حتى يتم انجازه ؛ وكان يجب عليهم أن يتأكدوا من مصلحة الآثار أنه لا يوجد بالموقع ما يحول دون تنفيذ العملية المتعاقدة عليها فى الأجل المتفق عليه[١] .

● ● ●

---

(١) المحكمة الادارية العليا : ١٣٢٠ / ١٣٤٠ - ١٢ - (١٩٦٩/٢/١٥) ٣٧٣/٤٨/١٤ .

البــــاب العاشـــــر

بعض قواعد التعويض طبقا لاحكام النقض المدنى ومدى استلهام المحكمة الادارية العليا لبعضها والمبادىء القضائية المتعلقة بذلك

الباب العاشر

بعض قواعد التعويض طبقا لأحكام النقض المدني ومدى استلهام المحكمة الادارية العليا لبعضها والمبادىء القضائية المتعلقة بذلك

تمهيد :

بعد عرض القواعد العامة للتعويض في ظل نظريتي «فعل الأمير» ، و «الظروف الطارئة» ، نجد من المفيد عرض القواعد العامة للتعويض في القانون المدني طبقا لما استقرت عليه أحكام محكمة النقض ، ثم نحاول أن نستلهم منها ما يمكن الاستهداء بها أمام القضاء الاداري طبقا للاحكام التي سنتولى عرضها .

★ ففي ظل أحكام القضاء المدني نتولى عرض الموضوعات التالية في فصل أول وهي :

(أولا) : النصوص القانونية .

(ثانيا) : تقدير التعويض .

(ثالثا) : مقياس التعويض .

(رابعا) : الظروف الملابسة التي من شأنها أن تؤثر في التعويض .

(خامسا) : الحكم للدائن بتعويض تكميلي .

(سادسا) : التعويض في حالة فسخ العقد ، ومدى التمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد في ظل آراء الفقه وأحكام النقض . ولأهمية الفسخ سنخصص له الباب العاشر .

(سابعا) : تقدير التعويض الذي يحكم به القاضي المدني كلما كان الضرر متغيرا ، لا كما كان عندما وقع الضرر ، بل كما صار اليه عند الحكم .

(ثامنا) : مدى امكان التمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد في ظل أحكام القانون المدني .

★ ونعرض بالفصل الثاني بعض القواعد الصادرة عن القضاء الاداري والمستلهمة من أحكام القضاء المدني وهي :

(١) تحقق الضرر . (٢) لا محل للتعويض اذا كان التعويض العيني ممكنا .

(٣) تقدير التعويض في حالة الخطأ المشترك .

(٤) مدى حق الادارة في تقدير التعويض دون الالتجاء للقضاء .

الفصـل الأول

التعويض فى ظل نصوص القانون المدنى ، ولما استقرت عليه أحكام النقض

(أولا) : النصوص القانونية :

تنص المادة ١٧١ من التقنين الجديد على مايلى :

«١ – يعين القاضى طريقة التعويض تبعا للظروف ، ويصح أن يكون التعويض مقسطا كما يصح أن يكون ايرادا مرتبا ، ويجوز فى هاتين الحالتين الزام المدين بأن يقدم تأمينا» .

«٢ – ويقدر التعويض بالنقد ، على أنه يجوز للقاضى تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور ، أن يأمر باعادة الحالة الى ما كانت عليه ، أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض» .

ويبين من هذا النص أن الأصل فى التعويض أن يكون تعويضا نقديا . ذلك أن التعويض بمعناه الواسع اما أن يكون تعويضا عينيا وهذا هو التنفيذ العينى ، وأما أن يكون تعويضا بمقابل ، والتعويض بمقابل أما أن يكون تعويضا غير نقدى أو تعويضا نقديا .

(ثانيا) : تقدير التعويض :

تنص المادة ١٧٠ من التقنين المدنى الجديد على مايأتى :

«يقدر القاضى مدى التعويض عن الضرر الذى لحق المضرور طبقا لأحكام المادتين ٢٢١و ٢٢٢ مراعيا فى ذلك الظروف الملابسة ، فان لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعيينا نهائيا ، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق فى أن يطالب خلال مدة معينة باعادة النظر فى التقدير .

والمادتين (٢٢١و٢٢٢) المشار اليهما فى النص ينصان على مايلى :

تنص المادة (٢٢١) على مايأتى :

«١ – اذا لم يكن التعويض مقدرا فى العقد أو بنص فى القانون فالقاضى هو الذى

يقدره . ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به . ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية اذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول .

«٢ – ومع ذلك اذا كان الالتزام مصدره العقد ، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما الا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد» .

(ثالثا) : مقياس التعويض :

ويتبين من هذه النصوص أن التعويض مقياسه الضرر المباشر . فالتعويض في أية صورة كانت تعويضا عينيا أو بمقابل ، وتعويضا نقديا أو غير نقدي ، وتعويضا مقسطا أو ايرادا مرتبا يقدر بمقدار الضرر المباشر الذي أحدثه الخطأ سواء كان هذا الضرر ماديا أو أدبيا ، وسواء كان متوقعا أو غير متوقع ، وسواء كان حالا أو مستقبلا مادام محققا .

والضرر المباشر يشتمل «على عنصرين جوهريين هما الخسارة التي لحقت بالمضرور ،والكسب الذي فاته ونتيجة لذلك فهذان العنصران هما اللذان يقومهما القاضي بالمال . فلو أن شخصا أتلف سيارة مملوكة لآخر ، وكان صاحب السيارة اشتراها بألف وحصل على وعد من الغير أن يشتريها منه بمائتين وألف ، فالألف هي الخسارة التي لحقت صاحب السيارة ، والمائتان هو المكسب الذي فاته وكلاهما ضرر مباشر يجب أن يكون الضرر متوقعا أو غير متوقع . ففي المسئولية التقصيرية يشمل التعويض كل ضرر مباشر ، متوقعا كان هذا الضرر أو غير متوقع ، أما في المسئولية العقدية فيقتصر التعويض على الضرر المتوقع في غير حالتي الغش والخطأ الجسيم[1]» .

وقد قضت محكمة النقض بأن تقدير التعويض على أساس المسئولية العقدية أخف منه على أساس المسئولية التقصيرية ذلك أنه طبقا لأحكام القانون المدني يقتصر التعويض في المسئولية العقدية على الضرر المباشر متوقع الحصول أما في المسئولية التقصيرية فيكون التعويض عن أي أضرر مباشر سواء كان متوقعا أو غير متوقع .

---

(١) الدكتور العميد عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني ،نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام ،المجلد الثاني، العمل الضار والاثراء بلا سبب،ط ٣ منقحة س ١٩٨١ ص ١٣٦١ .

(رابعا) : الظروف الملابسة التى من شأنها أن تؤثر فى تقرير التعويض :

وطبقا لروح المادة ١٧٠ فان القاضى يراعى فى تقدير التعويض الظروف الملابسة «ويقصد بالظروف الملابسة هنا الظروف التى تلابس المضرور لا الظروف التى تلابس المسئول . فالظروف الشخصية التى تحيط بالمضرور وما قد أفاده بسبب التعويض . كل هذا يدخل فى حساب القاضى عند تقديره للتعويض[١] . أما الظروف الشخصية التى تحيط بالمسئول وجسامة الخطأ الذى صدر منه ، فلا يدخل فى الحساب ، على خلاف فى الرأى بالنسبة الى جسامة الخطأ .

فالظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور تدخل في الاعتبار ، لأن التعويض يقاس بمقدار الضرر الذى أصاب المضرور بالذات ، فيقدر على أساس ذاتى ، لا على اساس موضوعى .

(خامسا) : الحكم للدائن بتعويض تكميلى :

تنص المادة ٢٣١ مدنى على أنه «يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلى يضاف الى الفوائد ، اذا أثبت أن الضرر الذى يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية» .

وفى ذلك تقول محكمة النقض «ان مفاد نص المادة ٢٣١ من القانون المدنى أنه يشترط للحكم بالتعويض التكميلي بالاضافة الى الفوائد أن يقيم الدائن الدليل على توافر أمرين : أولهما حدوث ضرر استثنائى به ، لا يكون هو الضرر المألوف الذى ينجم عادة عن مجرد التأخير فى وفاء المدين بالتزامه ، وثانيهما سوء نية المدين بأن يكون قد تعمد عدم الوفاء بالتزامه وهو عالم بما يحدثه ذلك لدائنه من الضرر»[٢] .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض – الدائرة المدنية – بأن مراعاة الظروف الملابسة فى تقدير التعويض أمر يدخل في سلطة قاضى الموضوع بلا معقب عليه فى ذلك . نقض مدنى فى ٣٠ أبريل سنة ١٩٦٤ – مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ رقم ٩٩ ص ٦٣١ – كما قضت دائرتها الجنائية بأن تقدير مبلغ التعويض من سلطة محكمة الموضوع وحدها حسبما تراه مناسبا وفق ما تتبينه هى من ظروف الدعوى ولا يقبل من الطاعن منازعته فى سلامة هذا التقدير مادام قد اكتمل للحكم بالتعويض عناصره القانونية (نقض جنائى فى ٣ فبراير سنة ١٩٧٤ – مجموعة أحكام النقض الجنائية – السنة ٢٥ رقم ١٩ ص ٨٠) .

(٢) نقض مدنى ١٩٧٦/١٢/٣٠ – موسوعتنا الذهبية – جـ ٨ فقرة ٦٢١ ، نقض مدنى ١٩٩٠/٥/٢١ – الطعن رقم ٨١٥ لسنة ٥٢ ق – غير منشور .

(سادسا) : التعويض فى حالة فسخ العقد ، وفى حالة الضرر المتغير ، ومدى التمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد فى ظل آراء الفقه وأحكام النقض :

للدائن الذى أجيب الى فسخ العقد أن يرجع بالتعويض على المدين اذا كان عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه راجعا الى خطئه ، لاهمال أو تعمد ، والتعويض هنا يبنى على المسئولية التقصيرية لا المسئولية العقدية فان العقد بعد أن فسخ لا يصلح أن يكون أساسا للتعويض ، وانما أساسا التعويض هو خطأ المدين ، ويعتبر العقد هنا واقعة مادية لا عملا قانونيا كما فى البطلان . أما العاقد الذى لم يقم بتنفيذ التزامه ، فليس له أن يطالب بالتعويض . واذا كان ما طلبه الدائن هو تنفيذ العقد لا فسخه ، جاز الحكم له بالتعويض على أساس المسئولية العقدية ، لأن العقد فى هذه الحالة بقى قائما ولم يفسخ ، فيصح اذن للدائن أن يحصل على تعويض ، أما مع بقاء العقد على أساس المسئولية العقدية ، وأما بعد فسخ العقد على أساس المسئولية التقصيرية ، وهذا هو ما عنته الفقرة الأولى من المادة ١٥٧ حين قضت بأن للدائن أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه «مع بقاء التعويض فى الحالتين أن كان له مقتض»[1] .

وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا حكم القاضى بفسخ عقد الشركة فان هذا الفسخ خلافا للقواعد العامة فى الفسخ لا يكون له أثر رجعى ، وانما تنحل الشركة بالنسبة للمستقبل ، أما قيامها وأعمالها فى الماضى فأنها لا تتأثر بالحل ، وبالتالى فلا محل لتطبيق القاعدة العامة الواردة في المادة (١٦٠) من القانون المدنى والتى توجب اعادة المتعاقدين الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد فى حالة فسخه مما يقتضى أن يرد كل منهما ما تسلمه من الآخر تنفيذا للعقد ، وانما يستتبع فسخ عقد الشركة وحلها تصفية أموالها وتقسيمها بالطريقة المبينة فى العقد[2] .

هذا بخلاف ابطال العقد الزمنى فان العقد يعتبر كأن لم يكن الابطال ، ويكون المستحق عن المدة السابقة على الحكم بالابطال تعويضا لا أجرة ، فلا يكفله امتياز المؤجر .

---

(١) الدكتور العميد/ عبد الرزاق السنهورى «الوسيط فى شرح القانون المدنى» – المجلد الأول – العقد – ط/٣ – ص ٩٧٩ .

(٢) نقض مدنى فى ١٢ يونية سنة ١٩٦٩ – مجموعة أحكام النقض – السنة ٢٠ – رقم ١٤٨ ص ٩٢٩) . وراجع أيضا متقرير التعويض عن فسخ العقد الزمنى» رسالة الدكتور/ عبد الحى حجازى «عقد المدة» – ص ٢٠٠ – ص ٢٠٩ » . .

ودعوى الفسخ كدعوى الابطال . دعوى شخصية ، لا يطلب فيها الا الحكم بفسخ العقد ، فاذا اقترنت بطلب رد الشيء كانت الدعوى شخصية أيضا ، لأن الطلب يكون مبنيا على الزام شخصي هو رد ماتسلمه المدين دون حق كما قدمنا .

ويلاحظ أن دعوى الفسخ من شأنها أن تجعل الدائن في مقام الدائن الممتاز من الناحية العملية ، ذلك لأنه يسترد ما أعطاه دون أن يشترك معه فيه بقية دائني المدين ، فهو ممتاز من هذه الناحية ، وبعكس ما اذا قصر طلبه على طلب تنفيذ العقد فانه يصبح في هذه الحالة كبقية الدائنين ويشترك هؤلاء معه شركة غرماء . فدعوى الفسخ والمقاصة والحق في الحبس ، وحق الامتياز كل هذه تخدم غرضا عمليا واحدا .

(سابعا) : تقدير التعويض الذي يحكم به القاضي المدني كلما كان الضرر متغيرا ، لا كما كان عندما وقع الضرر ، بل كما صار اليه عند الحكم :

وتقول محكمة النقض :

«أنه كلما كان الضرر متغيرا تعين على القاضي النظر فيه لا كما كان عندما وقع ، بل كما صار اليه عند الحكم ، مراعيا التغيير في الضرر ذاته من زيادة راجع أصلها الى خطأ المسئول أو نقص كائنا ما كان سببه ، ومراعيا كذلك التغيير في قيمة الضرر بارتفاع ثمن النقد أو انخفاضه وبزيادة أسعار المواد اللازمة لاصلاح الضرر أو نقصها . ذلك أن الزيادة في ذات الضرر التي يرجع أصلها الى الخطأ والنقص أيا كان سببه غير منقطعي الصلة . أما التغير في قيمة الضرر فليس تغيرا في الضرر ذاته . واذ كان المسئول ملزما بجبر الضرر ثم كان لا وجه للقول بأن تغير القيمة لا يمت الى الخطأ بصلة ، كما لا وجه للقول بأن المضرور ملزم بالعمل على اصلاح الضرر فاذا هو تهاون فعليه تبعة تهاونه ، فان التزام جبر الضرر واقع على المسئول وحده ، ولا على المضرور أن ينتظر حتى يوفي المسئول التزامه»[1] .

(ثامنا) : مدى امكان التمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد في ظل أحكام القانون المدني[2] :

باديء ذي بدء نقرر أن هذا الدفع له أهمية كبيرة في الحياة العملية ، ويمكن

---

(١) نقض مدني ١٧ ابريل سنة ١٩٤٧ - مجموعة عمر ٥ رقم ١٨٥ ص ٣٩٨ - مشار الى الحكم بمرجع الدكتور العميد/ عبد الرزاق السنهوري - مرجع سابق - ص ١٣٦٨ هامش .

(٢) الدكتور عبد الرازق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني مصادر الإلتزام - المجلد الأول «العقد» س ١٩٨١ ص ١٠١٦ - ١٠١٨ .

الاسترشاد بأحكامه أمام القضاء الادارى فيما لا يتعارض مع طبيعة الدعوى الادارية ، كدعوى استفهامية واستيفائية .

ونعرض هذا الموضوع على النحو التالى :

(١) عدم ضرورة الاعذار فى ظل أحكام القانون المدنى : لا يحتاج المتمسك بالدفع الى اعذار المتعاقد الآخر قبل أن يتمسك بالدفع ، وهذا بخلاف المطالبة بفسخ العقد ، فان الاعذار قبلها واجب على التفصيل الذى بيناه فيما تقدم . على أن التمسك بالدفع معناه امتناع المتمسك عن تنفيذ التزامه ، وفى هذا اعذار كاف للمتعاقد الآخر بوجوب تنفيذ الالتزام الذى فى ذمته . وقد يكون الاعذار واجبا لا للتمسك بالدفع ، بل لتوليد الالتزام الذى يخول عدم تنفيذه حق التمسك بالدفع ، كما اذا كان هذا الالتزام هو التزام بتعويض عن التأخر لا ينشأ الا باعذار طبقا للقواعد العامة .

(٢) ترك الأمر الى تقدير المتمسك بالدفع تحت رقابة القضاء : ويترك الدفع بعدم التنفيذ لتقدير المتعاقد الذى يتمسك به . وذلك بخلاف الفسخ فقد تقدم أنه موكول لتقدير القضاء . ذلك أن الدفع بعدم التنفيذ أقل خطرا من الفسخ ، فهو لا يحل العقد ، بل يقتصر على وقف تنفيذه .

على أن الدفع بعدم التنفيذ قد يكون مرده فى آخر الأمر الى القضاء ، ذلك أنه إذا تمسك أحد الطرفين بالدفع وامتنع عن تنفيذ التزامه ، فان الطرف الآخر يستطيع أن يرفع الأمر الى القضاء ، وللقاضى تقدير موقف من يتمسك بالدفع فيقره أو لا يقره . ويتبين من ذلك أنه اذا لم يلجأ المتمسك بالدفع الى القضاء ، منذ البداية ، فذلك يرجع فى الواقع الى أنه يتمسك بدفع لا بدعوى ، وطبيعة الدفع تجعل المتمسك به فى غير حاجة الى رفع دعوى ، بل هو الذى ترفع عليه الدعوى فيتمسك عند ذلك بالدفع .

فالتمسك بالدفع يمر اذن بدورين (الدور الأول) وهو دور غير قضائى يمتنع فيه المتمسك بالدفع عن تنفيذ التزامه ، وهذا مجرد امتناع لا يحتاج فيه الى عمل ايجابى (والدور الثانى) وهو الدور القضائى لا يتحقق الا اذا رفع المتعاقد الآخر دعوى يطلب فيها تنفيذ التزام المتعاقد الأول ففى هذا الدور تتحقق رقابة القضاء ، فاذا أقر القاضى المتمسك بالدفع على دفعه ، فان هذا لا يمنعه من الحكم عليه بالتنفيذ ولكن يقرن الحكم بشرط هو أن يقوم المدعى بتنفيذ

التزامه فى الوقت ذاته . وقد يأخذ الدفع صورة أشكال فى التنفيذ اذا ما أراد المحكوم له تنفيذ الحكم قبل أن يقوم بتنفيذ التزامه .

(٣) تمسك كل من المتعاقدين بالدفع : وقد يتمسك كل من المتعاقدين بالدفع ويمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بالتنفيذ . فاذا رفع أحدهما دعوى على الآخر يطالبه بالتنفيذ ، حكم القاضى على المدعى عليه بأن ينفذ التزامه بشرط أن يقوم المدعى من جانبه بتنفيذ التزامه .

وتجوز الاستعانة باجراءات العرض الحقيقى لمعرفة المتخلف عن الوفاء من المتعاقدين . فاذ تبين للقاضى أن أحد المتعاقدين متعنت . فان كان المدعى ، رفض دعواه ، وان كان المدعى عليه ، حكم عليه بالتنفيذ دون شرط . أما اذا كان كل من المتعاقدين متعنتا ، أو ظهر أن كلاهما غير متعنت ولكن لا يثق أحدهما بالآخر ، ولم يلجأ أحد لاجراءات العرض الحقيقى ، ولم يبق للخلاص من هذا الموقف الا أن يحكم القاضى بأن يودع كل من المتعاقدين ما التزم به فى خزانة المحكمة أو تحت يد شخص ثالث ، وفى هذا ما يجعلهما ينفذان التزاميهما فى وقت واحد

الفصـــل الثانــى

أمثلة مختارة من أحكام المحكمة الادارية العليا فى تقدير التعويض مهتدية بأحكام القانون المدنى

تقترب نظرية التعويض فى العقود الادارية من النظرية المقابلة فى القانون المدنى . فيشترط فى كليهما توافر أركان المسئولية العقدية من خطأ وضرر وارتباطهما بعلاقة سببية مباشرة[1] ولكنها تبتعد عنها فيما يتعلق بطريقة وضعه وكيفية تحصيله . كما يتميز القضاء الادارى بسهولة التعبير وبساطة الفهم وبطابعه العملى ، لبنائه على أحكام عملية ، ونظريات غير معقدة .

والقواعد الأساسية التى تقوم عليها تلك النظرية هى :

١ - تحقق الضرر :

بخلاف الغرامات ، فان التعويضات يشترط فيها أن تكون عن ضرر محقق لحق الادارة أو المتعاقد معها بسبب تفسير أو اساءة استعمال السلطة .

★ وقد قضت المحكمة الادارية العليا فى ٢ يناير سنة ١٩٦٥ : بأن «رجوع الادارة بالتعويضات الأخرى على المتعاقد معها ، المقصر فى حقها ، عند مصادرة التأمين الذى يقل عن مستوى التعويض الكامل لا يستند الى اعتبار العقد قائما ومنفذا على حساب المتعاقد مع أنه سبق فسخه ، على نحو ما اتجه اليه الحكم المطعون فيه ، وانما يستند ذلك الرجوع الى أحكام القواعد العامة فى أى عقد كان ، وتلك الأحكام تقضى بأن كل خطأ ترتب عليه ضرر يلزم من ارتكبه بالتعويض وبقدر قيمة الضرر ، وهذه الأحكام لا تتعارض البتة مع فكرة التأمين فى العقود الادارية بوجه عام ، ولا غرو أن فروق الأسعار ونزول جعول المقاصف ، وما يضيع على جهة الادارة من كسب محقق ، كل أولئك تمثل فى حقيقتها أضرارا فعلية لاحقت وتعاقبت عليها من جراء اخلال المتعاقد معها بتنفيذ ما التزم به قبلها» .

---

(١) تنص المادة (١٦٣) من القانون المدنى على مايلى :
«كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض» .

٢ - لا محل للتعويض اذا كان التنفيذ العينى ممكنا :

★ قضت المحكمة الادارية العليا فى حكمها بتاريخ ٢٠ مايو سنة ١٩٦٧ بأن «من الأصول العامة للالتزامات ، والتى تسرى على العقود الادارية والعقود المدنية على حد سواء انه اذا أمكن التنفيذ العينى وطلبه الدائن ، فان المدين يجبر عليه وأنه لا قيام للمسئولية العقدية فى مجال التنفيذ العينى ، اذ أنه متى كان التنفيذ العينى ممكنا فلا محل للتعويض عن عدم التنفيذ . وينبنى على ذلك أنه لا قيام للمسئولية العقدية اذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود اذ يكون التنفيذ العينى ممكنا دائما» .

★ ومع ذلك فان التعويض المحكوم به يستحق عنه فوائد التأخير طبقا للمادة ٢٢٦ من القانون المدنى .

★ فقد قضت المحكمة الادارية العليا بتاريخ ٢٢ فبراير سنة ١٩٧٥ بمايلى :

«يبين من الرجوع الى أحكام المادة ٢٢٦ من القانون المدنى ، وهى من الأصول العامة للالتزامات التى جرى قضاء هذه المحكمة على تطبيقها على الروابط العقدية الادارية أنه متى كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار عند الطلب وتأخر المدين فى الوفاء به فأنه يكون ملزما بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قدرها ٤٪ فى المسائل المدنية ... وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية مالم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخا آخر لسريانها ، وهذا كله مالم ينص القانون على غيره» .

ولما كانت قيمة فسائل النخيل التالفة التى لم ير الحكم المطعون فيه استحقاق الفوائد القانونية بالنسبة لها أنها تمثل تعويضا مترتبا على اخلال المطعون ضده بالتزامه العقدى ... ومن ثم يتعين الحكم بالزام المدعى بالفوائد القانونية بالنسبة الى مبلغ التعويض المستحق عن الفسائل التالفة ..

٣ - تقدير التعويض فى حالة الخطأ المشترك :

وتطبق قواعد القانون المدنى فى هذا الخصوص ، فيقدر التعويض بقيمة الضرر الحقيقى الذى تحملته الادارة وقت وقوعه .

ويراعى فى تقدير التعويض مقدار ما ساهم به خطأ الادارة فى احداث الضرر بحيث يخفض التعويض بما يعادل هذا القدر .

★ وتطبيقا لهذا المبدأ قضت المحكمة الادارية العليا فى حكم لها بتاريخ ٣١ ديسمبر سنة ١٩٦٦ بأنه :

« ... من حيث أن الضرر الذى أصاب المؤسسة جاء نتيجة خطأ كل من الادارة والمؤسسة معا ، فالفرض أن المؤسسة عليمة بأحكام مرسوم الأوعية علمها بالقانون الذى لا يعذر أحد بالجهل به ، وكان من المتعين عليها والحالة هذه أن تتثبت من مطابقة ما تضعه لأحكامه ، ويتمثل خطأ الادارة فى كونها طرحت المناقصة على أساس عينة نموذجية مخالفة لأحكام مرسوم الأوعية ، مع ما يتوافر لديها من الامكانيات الفنية التى تكفل لها الوقوف على حقيقة المواد الداخلة فى تركيبها . واذ كان الخطأ مشتركا وكان للقاضى أن يقدر نصيب كل من المسئولين عن الخطأ فى التعويض وفقا لأحكام المادتين ١٦٩ ، ٢١٦ من القانون المدنى ، فان المحكمة تقدر التعويض المستحق للمؤسسة فى ذمة الادارة ، بمراعاة مدى جسامة الخطأ الذى ارتكبه كل منهما .

★ وبذات المعنى جاء حكم المحكمة الادارية العليا بتاريخ ٢٨ يناير سنة ١٩٧٨ حيث جاء به مايلى :

«ومن حيث أن الثابت أن مجلس مدينة الأقصر قد وقع هو الآخر فى خطأ كان له شأن فى زيادة الضرر المطالب بالتعويض عنه ، ويتمثل هذا الخطأ فى تراخيه فى اتخاذ الاجراء المنصوص عليها فى العقد فى الوقت المناسب ضمانا لحسن سير المرفق بانتظام واطراد بعد أن أفصح المتعاقد فى اخطاراته المتعاقبة ... عن عدم رغبته فى التمسك بالعقد واعتباره مفسوخا ، وظل المجلس ساكنا .... وقد كان يتعين على مجلس المدينة أن يعمل على توقى هذه الأضرار المادية فضلا عن توقف نشاط المقصف فى الوقت المناسب ، أما وقد تراخى فى اتخاذ هذه الاجراءات فترة استطالت الى أكثر من سبعة أشهر فى حين أن مدة العقد سنة واحدة ، فانه يكون قد ارتكب خطأ يتعين أن يتحمل تبعته ....»

٤ - انفراد الادارة بتقدير التعويض وتحصيله دون الالتجاء للقضاء مادام أن العقد يخولها ذلك :

★ أقر مجلس الدولة الفرنسى للادارة الحق فى انفرادها بتقدير التعويض المستحق لها والزام المتعاقد الآخر به وتحصيله منه دون حكم من القاضى ، وذلك

لأول مرة بموجب حكمه الصادر بتاريخ ١١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ فى قضية شركة ملاحة جنوب الاطلنطى دون اشتراط النص على ذلك فى العقد .

★ ولا يوجد لمجلس الدولة المصرى قضاء صريح بتأكيد هذا الحق للادارة أو منعه عنها ، فالبادى أنه يقر لها به بناء على نص فى العقد . فقد قضت المحكمة الادارية العليا فى حكم لها بتاريخ ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٦٥ بأنه :

«لاوجه لالتزام الادارة الطاعنة بأن تلجأ الى القضاء لتحصل منه على حكم بالتعويض مادام أن العقد يخولها صراحة الحق فى اجراء مقاصة دون حاجة الى اتخاذ اجراءات قانونية أو قضائية عن أية مبالغ تكون مستحقة أو تستحق مهما كان سبب الاستحقاق لدى المصلحة نفسها أو أية مصلحة حكومية أخرى ، عن كل خسارة تلحقها من جراء ذلك .

فاذا كان العقد قد نص بعد ذلك «على أن يكون ذلك بدون الاخلال بحق المصلحة فى المطالبة قضائيا بالخسائر التى لا يتيسر لها استردادها» . فهذا بالضرورة لا يعنى الزام المصلحة بالالتجاء الى القضاء ، مادام أن فى حوزتها القدر من المبالغ الكافية لجبر التعويض عن الأضرار . بل النص يعنى تخويل الادارة حق الالتجاء الى القضاء اذا لم تكفى المبالغ التى فى حوزتها لجبر الضرر كاملا» .

● ● ●

الباب الحادى عشر

الأحكام العامة للفسخ وآثاره ، واجراءاته ، ومدى جواز الاعذار قبل الفسخ فى ظل أحكام محكمة النقض وأراء الفقه ، وأحكام مجلس الدولة المصرى والوضع الخاص بعقد الامتياز

الباب الحادى عشر

الأحكام العامة للفسخ وآثاره واجراءاته ، ومدى جواز الاعذار قبل الفسخ فى ظل أحكام النقض وأراء الفقه وأحكام مجلس الدولة المصرى والوضع الخاص بعقد الامتياز

الفصل الأول

الأحكام العامة للفسخ وآثاره واجراءاته فى ظل أحكام محكمة النقض وأراء الفقه

المبحث الأول

الشروط العامة للفسخ

نوضح هذه الشروط فيما يلى :

(١) الفسخ يرد على كل العقود الملزمة للجانبين سواء أكانت ادارية أو مدنية ، وايضاحا لذلك ، فان العقد الذى تبرمه الحكومة مع مقاول رست عليه مناقصة أشغال عامة ، سواء أعتبر عقدا مدنيا أو عقدا اداريا ، فان وصفه لا يحول دون القضاء بفسخه اذا أخل المقاول بالتزاماته المحددة فيه[١] .

فإن ما تنص عليه المادة ١٥٧ من القانون المدنى من تخويل كل من المتعاقدين فى العقود الملزمة للجانبين الحق فى المطالبة بفسخ العقد اذا لم يوف المتعاقد الآخر بالتزامه ، هو من النصوص المكملة لارادة المتعاقدين . ولهذا فان هذا الحق يكون ثابتا لكل منهما بنص القانون ويعتبر العقد متضمنا له ولو خلا من اشتراطه ، ولا يجوز حرمان المتعاقدين من هذا الحق أو الحد من نطاقه الا باتفاق صريح[٢] .

---

(١) نقض مدنى ١٩٥٤/٤/٢٢ - مجموعة أحكام النقض ٥ - رقم ١١٩ - ص ٧٨٨ .

(٢) نقض مدنى ١٣ فبراير ١٩٦٩ - مجموعة أحكام النقض - السنة ٢٠ رقم ٥٢ - ص ٣٢٥ .

وإذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بفسخ العقد اعمالا لنص المادة ١٥٧/١ من القانون المدنى ، ولا يشترط لاعمال حكم تلك المادة أن يتضمن العقد شرطا يجيز الفسخ فى حالة تخلف أحد طرفيه عن تنفيذ التزامه(١) .

(٢) لا يكون الفسخ الا اذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، ويلاحظ مايلى :

★ **عدم التنفيذ الراجع الى سبب أجنبى** : اذا كان عدم التنفيذ يرجع الى استحالته لسبب أجنبى ، فان التزام المدين ينقضى فينقضى الالتزام المقابل له ، وينفسخ العقد بحكم القانون ، وهذا ما سنعرضه بعد قليل .

ولذلك فاذا أصبح التنفيذ مستحيلا لسبب أجنبى خرجنا من نطاق الفسخ الى نطاق الانفساخ .

وتجدر الاشارة الى مايلى : أنه متى كانت استحالة تنفيذ الالتزام تقوم على أسباب قانونية ، فان البحث فى توافرها يعد من مسائل القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض .

(ب) عدم التنفيذ يرجع الى فعل المدين : فيجب اذن أن يكون عدم التنفيذ راجعا الى غير السبب الأجنبى ، بأن يكون التنفيذ العينى أصبح مستحيلا بفعل المدين أو ، لا يزال ممكنا ولكن المدين لم يقم بالتنفيذ . ففى هذه الحالة يجوز للدائن أن يطالب بفسخ العقد .

ويرى العميد الدكتور/ عبد الرزاق السنهورى أن المسئولية العقدية تتحقق أيضا فى هذا الفرض(٢) ، فيكون للدائن الخيار بين المطالبة بالتعويض على أساس المسئولية العقدية أو المطالبة بفسخ العقد . بل يجوز أن يتفق المتعاقدان على أن العقد لا يفسخ عند عدم التنفيذ ، وأن يقتصر الدائن على المطالبة بالتعويض على أساس المسئولية العقدية(٣) .

---

(١) نقض مدنى فى ١٩٦٢/١١/١ - مجموعة أحكام النقض - ١٣ رقم ١٤٣ - ص ٩٤٨ .

(٢) الدكتور/ العميد/ عبد الرزاق السنهورى : «الوسيط فى شرح القانون المدنى - المجلد الأول - العقد - ط/٣ - ص ٩٥٩ - ١٩٦٠ .

(٣) يراجع فى جواز النزول عن حق الفسخ بحث الدكتور/ عبد الحى حجازى - مجلة العلوم القانونية - السنة الأولى - ص ٤٦٦ بند ٣٤ ومابعده .

(جـ) عدم التنفيذ الجزئى : اذا كان عدم التنفيذ جزئيا - ويعتبر فى حكم عدم التنفيذ الجزئى أن يكون التنفيذ معيبا - فلا يزال للدائن حق المطالبة بالفسخ . والقاضى فى استعمال حقه فى التقدير ينظر فيما اذا كان الجزء الباقى دون تنفيذه يبرر الحكم بالفسخ ، أو يكفى اعطاء مهلة للمدين لتكملة التنفيذ . فاذا رأى القاضى أن عدم التنفيذ خطير بحيث يبرر الفسخ ، بقى عليه أن يرى هل يقضى بفسخ العقد كله أو يقتصر على فسخ جزء منه مع بقاء الجزء الآخر ، ويقضى بفسخ العقد كله اذا كان التزام المدين لا يحتمل التجزئة أو كان يحتملها ولكن الجزء الباقى دون تنفيذ هو الجزء الأساسى من الالتزام .

٣ - لا يكون الفسخ الا اذا كان الدائن مستعدا للقيام بالتزامه وقادرا على اعادة الحال الى أصلها وتبين ذلك فيمايلى :

(أ) وجوب أن يكون الدائن مستعدا للقيام بالتزامه وأن يكون من الممكن اعادة الشىء الى أصله :

ويجب أيضا أن يكون الدائن طالب الفسخ مستعدا للقيام بالتزامه الذى نشأ من العقد الملزم للجانبين فليس من العدل أن يخل هو بالتزامه ثم يطلب الفسخ لعدم قيام المدين بتنفيذ ما فى ذمته من التزام[١] .

أما اذا استحال على الدائن تنفيذ التزامه لسبب أجنبى ، فان العقد ينفسخ بحكم القانون إنفساخه فيما اذا كانت الاستحالة فى جانب المدين .

(جـ) **الخيار بين الفسخ والتنفيذ** : فاذا ما رفع الدائن دعوى الفسخ ، فان الحكم بالفسخ لا يكون حتميا ، بل يكون هناك خيار بين الفسخ والتنفيذ . وهذا الخيار يكون لكل من الدائن والمدين والقاضى[٢] .

فالدائن بعد أن يرفع دعوى الفسخ له أن يعدل ، قبل الحكم ، عن طلب الفسخ الى

---

(١) أنظر حشمت أبو ستيت بند ٣٧٨ ص ٣٤٢ حيث يقول أنه اذا كان طالب الفسخ مقصرا فلا يجوز له أن يطلب توقيع جزاء هو حرى بأن يوقع عليه .

(٢) قررت محكمة النقض بأنه اذا كان قضاء المحكمة بالفسخ قد صدر اعمالا لحكم المادة ١٥٧ من القانون المدنى لا استنادا الى وجود شرط فاسخ صريح فى العقد ، فان هذا القضاء يكون منشئا للفسخ لا مقرر له .

(نقض مدنى فى ٣ يوليو سنة ١٩٦٩ - مجموعة أحكام النقض - السنة ٢٠ رقم ١٧٢ - ص ١١١٨) .

الى طلب التنفيذ . كما أنه اذا رفع دعوى التنفيذ فله أن يعدل عنه الى الفسخ . على أنه لا يجوز الجمع بين الفسخ والتنفيذ فى طلب واحد . كل هذا مالم يكن قد نزل عن أحد الطلبين[1] .

ولا يعتبر مجرد رفعه الدعوى بطلب منهما نزولا منه عن الطلب الآخر .

وللمدين كذلك . قبل النطق بالحكم النهائي ، أن ينفذ التزامه ، فيتجنب الفسخ ، ولا يبقى فى هذه الحالة الا أن يقدر القاضى ما اذا كان هناك محل للحكم بتعويض للدائن عن تأخر المدين فى تنفيذ التزامه .

ومما يساعد على الحكم بالتعويض أن يكون الدائن قد أعذر المدين قبل رفع الدعوى . وقد سبقت الاشارة الى ذلك .

كذلك فإن القاضى ليس محتما عليه أن يحكم بالفسخ ، بل إن له فى ذلك سلطة تقديرية ، فقد يحكم بالفسخ اذا رأى الظروف تبرر ذلك ، وقد لا يحكم به ويعطى المدين مهلة لتنفيذ التزامه . وتنص الفقرة الثانية من المادة ١٥٧ على هذا الحكم صراحة اذ تقول : «ويجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلا اذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ اذا كان مالم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى الالتزام فى جملته» . ومما يحمل القاضى على الحكم بالفسخ أن يتضح له تعمد المدين عدم التنفيذ أو اهماله فى ذلك اهمالا واضحا رغما من اعذار الدائن له قبل رفع الدعوى . ومما يحمله على استبقاء العقد أن يكون مالم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى الالتزام فى جملته كما يقول النص . ومما يحمله على اعطاء المدين أجلا للتنفيذ أن يكون للمدين عذر فى تأخره عن التنفيذ ، أو أن يكون الدائن لم يصبه الا ضرر بسيط من جراء هذا التأخر ، أو أن يكون الضرر الذى أصاب الدائن انما نجم عن فعله هو لا عن فعل المدين ، ولا يعطى القاضى أن مهلة للمدين أن يكون الدائن قد أعذره قبل رفع الدعوى . واذا أعطى المدين مهلة وجب عليه القيام بتنفيذ الالتزام فى غضونها ، وليس له أن يتعداها ، بل ليس للقاضى أن يعطيه مهلة أخرى . ويعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه بعد انقضاء المهلة حتى لو لم ينص القاضى فى حكمه على ذلك . وهذا بخلاف الأجل الذى يمنحه القاضى فى دعوى التنفيذ ، فانه يجوز

---

(١) الدكتور العميد/ عبد الرزاق السنهورى – الوسيط فى شرح القانون المدنى – المجلد الأول – العقد – ط/٣ – ص ٩٦٦ .

للقاضى فى هذا الصدد – طبقا للفقرة الثانية من المادة ٣٤٦ – فى حالات استثنائية اذا لم يمنعه نص فى القانون ، أن ينظر المدين الى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم .

★ وجدير بالذكر أنه اذا فسخ العقد اعيد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فاذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض مادة – ١٦٠ – مدنى .

(١) أثر الفسخ : نصت المادة (١٦٠) من التقنين المدنى الجديد على مايأتى :

«اذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد» فاذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض .

(٢) تقادم دعوى الفسخ : ودعوى الفسخ ليست لها مدة خاصة تتقادم بها . فتقادمها إذن يكون بخمس عشرة سنة من وقت ثبوت الحق بالفسخ ، ويكون ذلك عادة عند الاعذار ، طبقا للقواعد العامة فى التقادم المسقط ، وهذا بخلاف دعوى الابطال ، فقد رأينا أنها تتقادم بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة على حسب الأحوال .

المبحث الثانــى

صدور حكم بالفسخ ، وحالات اعذارَ المدين قبل الفسخ

★ لابد من رفع دعوى وصدور حكم بفسخ العقد ، ونص المادة (١٥٧) من التقنين الجديد صريح فى هذا المعنى ، وقضاء المحاكم فى ظل التقنين القديم مضطرد فى وجوب صدور حكم بالفسخ .

وهنا يتجلى الفرق مابين الفسخ بحكم القضاء والفسخ بحكم الاتفاق ، ففى الفسخ بحكم الاتفاق (وكذلك الانفساخ بحكم القانون يكون الحكم مقررا للفسخ لا منشئا

له[1] ، أما الفسخ بحكم القضاء فالحكم فيه منشيء للفسخ[2] ، ومن ثم تعتبر المطالبة بالفسخ فى هذه الحالة من أعمال التصرف .

وقد قررت محكمة النقض بأنه اذا كان قضاء المحكمة بالفسخ قد صدر اعمالا لحكم المادة (١٥٧) من القانون المدنى ، لا استنادا الى وجود شرط فاسخ صريح فى العقد ، فان هذا القضاء يكون منشئا للفسخ لا مقررا له .

★ ويلاحظ أن دعوى الفسخ من شأنها أن تجعل الدائن فى مقام الدائن الممتاز من الناحية العملية ، ذلك لأنه يسترد ما أعطاه دون أن يشرك معه فيه بقية دائنى المدين ، فهو ممتاز من هذه الناحية ، بعكس ما اذا اقتصر على طلب تنفيذ العقد ، فانه يصبح فى هذه الحالة كبقية الدائنين ، ويشترك هؤلاء معه شركة غرماء . فدعوى الفسخ والمقاصة والحق فى الحبس وحق الامتياز كل هذا تخدم غرضا عمليا واحدا .

---

(١) قضت محكمة النقض بأنه «اذا كان الحكم المطعون فيه قد أجاب طرفى التعاقد الى ماطلباه من فسخ العقد فانه لا يكون ثمة محل بعد ذلك للتحدث عن شروط انطباق أحكام المادة ١٥٧ من القانون المدنى لان مجال اعمالها هو حالة الشرط الفاسخ الضمنى ، أما فى حالة الفسخ الاتفاقى فالعقد يفسخ «حتما» دون أن يكون للقاضى خيار بين الفسخ والتنفيذ . (نقض مدنى فى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٧٤ - مجموعة أحكام النقض - السنة ٢٥ رقم ٢١٣ - ص ١٢٥٤) .

(٢) نقض مدنى فى ٢ يوليو سنة ١٩٦٩ - مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ رقم ١٧٢ ص ١١١٨ - مشار للحكم بمؤلف العميد الدكتور/ عبد الرزاق أحمد السنهورى : «الوسيط فى شرح القانون المدنى - مصادر الالتزام - المجلد الأول - العقد» طـ/٣ - ص ٩٦٥ .

(★) وجدير بالذكر أن محكمة النقض قضت «بأن شرط الفسخ الصريح وشرطه الضمنى يختلفان طبيعة وحكما ، فالشرط الفاسخ الضمنى لا يستوجب الفسخ حتما ، اذ هو خاضع لتقدير القاضى ، وللقاضى أن يمهل المدين حتى بعد رفع دعوى الفسخ عليه ، بل للمدين نفسه أن يتفادى الفسخ بعرض دينه كاملا قبل أن يصدر ضده حكم نهائى بالفسخ ، أما الشرط الفاسخ الصريح فهو فيما تقضى به المادة ٣٣٤ من القانون المدنى القديم موجب للفسخ حتما فلا يملك معه القاضى الامهال ولا يستطيع المدين تفادى الفسخ بالوفاء بالالتزام أو عرضه بعد إقامة دعوى الفسخ عليه متى كان قد سبقها التنبيه الرسمى عند تحققه الى الوفاء ، بل قد يكون الفسخ الصريح موجبا للفسخ بلا حاجة إلى تنبيه إذا كانت طبيعته صريحة فى الدلالة على وقوع الفسخ بلا حاجة إلى تنبيه أو إنذار .

(مشار إلى هذا الحكم بمؤلف الدكتور/ عبد الرازق السنهورى - نفس المرجع السابق - ص ٩٦٥) .

اعذار المدين قبل الفسخ والوضع بالنسبة لفوائد التأخير :

قضت الفقرة الأولى من المادة (١٥٧) بأن الدائن لكى يطالب بفسخ العقد ، يعذر المدين مطالبا أياه بالتنفيذ ، ولم يكن فى التقنين القديم نص على الاعذار ، ومع ذلك كانت بعض المحاكم تقضى بضرورته . على أن مجرد رفع الدعوى بالفسخ يعد اعذارا .

واعذار الدائن للمدين قبل المطالبة بالفسخ له أهمية عملية تظهر فى أمرين :

(١) يجعل القاضى أسرع استجابة لطلب الفسخ .
(٢) ويجعله أقرب الى الحكم على المدين بتعويض فوق الحكم بالفسخ .

ويلاحظ أنه لا ضرورة لاعذار المدين قبل المطالبة بالفسخ اذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه ، أو اذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بالفعل بأن كان التنفيذ قد فات ميعاده أو بأن كان الالتزام هو امتناع عن عمل شىء وعمله المدين (مادة ٢٠٠) .

الرأى فى الفقه وفى القضاء الادارى وفى لائحة المناقصات والمزايدات .

★ يرى بعض فقهاء القانون الادارى فى مصر أن نصوص القانون المدنى المتعلقة بالاعذار يجب اعمالها فى دائرة جزاءات العقود الادارية ، باعتبار أنها قواعد عامة . وطبقا لهذه النصوص يلزم اعذار المتعاقد قبل تطبيق الجزاء عليه ، وأنه لا ضرورة لهذا الاعذار عندما يقرر المتعاقد بأنه لا ينوى تنفيذ التزاماته أو عندما يصبح التنفيذ غير ممكن أو غير مجد بفعله ، أو بسبب الطابع العاجل للعمل المتفق عليه أو فى حالة الغش . كما يجب أن تتقيد الادارة بتطبيق الجزاء ذاته المبين فى الاعذار دون غيره .

★ وقد أقرت محكمة القضاء الادارى - فى بعض قضائها - مبدأ وجوب اعذار المتعاقد الآخر المتخلف عن تنفيذ التزاماته بالجزاء قبل توقيعه عليه ، مستهدية - فى ذلك - بالنصوص المدنية حيث جاء فى حكمها السابق الاشارة اليه مايلى :

«اذا كان العقد المبرم بين المدعى وبين مصلحة المبانى صريحا فى انهاء الأعمال موضوع العقد خلال ستة أشهر من تاريخ الاذن للمدعى بالبدء فى هذه الأعمال ،

أى أنه التزام تحدد لتنفيذه أجل معين ، والأصل فيه أن تخلف أحد المتعاقدين فى التنفيذ على نحو يضار به الطرف الآخر لا ينشىء حقا فى التعويض الا باعذار الطرف المتخلف وفقا لأحكام المادة ١٢٠ من القانون المدنى الملغى والمادة ٢١٨ من القانون المدنى الجديد . اذ أن المسئولية العقدية الناشئة عن هذا التأخير يجب لاستحقاق التعويض عنها اعذار المدين ، كما يجب أن يتم هذا الاعذار فور التأخير وأن يتضمن تكليفا صريحا جازما بالتنفيذ» .

★ هذا-وتتضمن لائحة المناقصات والمزايدات بعض النصوص التى تستلزم اعذار-المتعاقد فى أحوال معينة ومثال ذلك نص المادة (٩٤) التى جاء ذكرها بالقانون السابق والتى تقرر سحب العمل من المقاول اذا أخل بأى شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد التزاماته المقررة ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ اخطاره كتابة بالقيام باجراء هذا الاصلاح .

★ وقد رسمت اللائحة الجديدة للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ وسيلة الاعذار بأن يكون بكتاب موصى عليه ويوجه للمتعاقد على موطنه المبين فى العطاء طبقا لنص المادة (٨٢) والتى جاء بها مايلى :

«اذا أخل المقاول بأى شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد التزاماته المقررة ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ اخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول بالقيام باجراء هذا الاصلاح كان لرئيس الادارة المركزية أو المدير العام المختص وعلى مسئوليته الحق فى اتخاذ أحد الاجراءين التالين وفقا لما تقتضيه المصلحة العامة .

تطبيق من أحكام النقض المدنى بشأن الاعذار وفوائد التأخير :

★ «قضت محكمة النقض بأن الاعذار هو وضع المدين موضع المتأخر فى تنفيذ التزامه ، وقد بينت المادة (٢١٩) من القانون المدنى الاجراءات التى يتم بها الاعذار ، ومفادها أن الأصل فى الاعذار أن يكون بانذار المدين على يد محضر بالوفاء بالتزامه الذى تخلف عن تنفيذه ، ولا يتطلب القانون أن تتضمن الورقة فوق ذلك تهديد المدين بطلب فسخ العقد فى حالة عدم وفائه بالتزامه ، ذلك لأن الفسخ والتعويض كليهما جزاء يرتبه القانون على تخلف المدين عن

الوفاء بالتزامه فى العقود الملزمة للجانبين وليس بلازم أن ينبه المدين اليها قبل رفع الدعوى بطلب أيهما .

★ فلا يكفى الاعذار لاستحقاق فوائد التأخير ، بل يجب أن يطالب بها الدائن قضائيا ، كما لا يكفى لاستحقاقها أن يطالب الدائن بأصل الدين ، وتفريعا على ذلك لا يبدأ سريان فوائد التأخير اذا كانت صحيفة دعوى المطالبة بها باطلة ، حيث تفقد صفة المطالبة القضائية ، وكذلك الحال اذا سقطت الخصومة أو تركت أو انقضت بالتقادم .

على أن القاعدة المتقدمة لا تتعلق بالنظام العام ، ولذا يجوز الاتفاق على عكسها ، كما قد يجرى العرف أو يقضى القانون بخلافها[١] .

---

(١) نقض مدنى فى ٢٩ يناير سنة ١٩٧٦ - مجموعة أحكام النقض - السنة ٢٧ رقم ٧٤ ص ٣٤٣ .

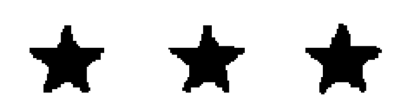
الفصــل الثانى

المنازعات الادارية المتعلقة بفسخ العقد ، ومدى حق الادارة فى انهاء العقد ، ومدى حق المتعاقد فى التعويض

(أولا) : الفسخ باتفاق الطرفين أو التقابل «la résilation Conventionnelle» :

قد تنتهى العقود الادارية نهاية مبتسرة اذا أتفق المتعاقد وجهة الادارة على انهاء العقد قبل نهايته الطبيعية ، ذلك أن الزام العقد الادارى انما يستند الى رضاء الطرفين ، وبالتالى فأنه يزول برضائهما أيضا ، ولا صعوبة فى هذا المجال اذ تطبق الأحكام المدنية فى هذا الصدد .

ولابد لانهاء العقد بهذه الصورة من موافقة الجهة التى تملك ابرامه ، ويجب أن تظهر ارادتها واضحة ، ولكن لا يشترط أن تفرغ تلك الارادة فى صورة معينة ، وقد سلم مجلس الدولة الفرنسى بانهاء بعض العقود نتيجة تبادل خطابات بين الادارة والمتعاقد معها . وقد يكون الفسخ الاتفاقى مصحوبا بتعويض المتعاقد عما فاته من تكملة تنفيذ العقد أو بلا تعويض وفقا لما يتفق عليه المتعاقدان ، فذلك مما يترك لحريتهما المطلقة . وحالات هذا التقابل كثيرة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، وهى مجرد تطبيقات للقواعد العامة .



(ثانيا) : الفسخ بقوة القانون «De plein droit» :

ينقضى العقد بقوة القانون فى بعض الحالات متى تحققت شروط معينة منها :

(الشرط الأول) : هلاك محل العقد : «La disparation de L,objet du contrat» :

فاذا هلك محل العقد انقضى العقد بقوة القانون . وقد يكون هلاك المحل بسبب خارجى عن الطرفين ، كتدمير محطة القوى التى أبرم العقد لاستغلالها نتيجة للحرب ، وهنا ينقضى العقد دون أن يتحمل أى من الطرفين تعويضا بسبب هذا الانقضاء[1] .

---

(١) يرى مجلس الدولة الفرنسى أن الفسخ بسبب الحرب هو أبعد أن يكون تعسفيا ، بل يرتكز-

وقد يكون مرجع الهلاك الى عمل الادارة ، وحينئذ تكون على الحد الفاصل بين انهاء العقد بقوة القانون ، وانهائه بالطريق الادارى ، وهنا قد يصحب انهاء العقد ، تعويض المتعاقد عن هذه النهاية المبتسرة لعقده ، وذلك فى حالة ماإذا هلك المحل نتيجة لاجراء عام ، فحينئذ لا يعوض المتعاقد الا اذا توافرت شروط نظرية عمل الأمير ، والتى درسناها فيما سلف .

(الشرط الثانى) : اذا تحققت شروط معينة منصوص عليها فى العقد فمتى تحققت الشروط ينفسخ العقد بقوة القانون من تاريخ تحققها .

(الشرط الثالث) : اذا تحققت أسباب معينة منصوص عليها فى القوانين أو اللوائح وهنا يتم انفساخ العقد من تاريخ تحقق الأمور المنصوص عليها فى القوانين واللوائح .

وأحيانا يصدر تشريع يقضى بانهاء بعض أنواع العقود ، وذلك لأسباب معينة مثل انتهاء الحرب التى أبرمت تلك العقود لمواجهتها . وفى جميع الحالات السابقة يتم النسخ بقوة القانون من تاريخ تحقق أسبابه .

(ثالثا) : الفسخ القضائى «La résiliation Juridictionnelle» :

والفسخ القضائى - كما يدل عليه اسمه - هو الذى يتعين أن ينطق به القاضى بناء على طلب أحد الطرفين . وترتد آثار هذا الفسخ الى تاريخ رفع الدعوى .

★ والأسباب التى من أجلها يحكم القضاء الادارى بالفسخ عديدة ، ولكن الفقهاء يردون تلك الأسباب الى ثلاث مجموعات(١) .

أولا : الفسخ القضائى بسبب القوة القاهرة .

ثانيا : الفسخ القضائى كجزاء للاخلال بالالتزامات العقدية .

ثالثا : الفسخ كموازن لحق الادارة فى التعديل

ونبين هذه الأسباب على النحو التالى :

(أولا) : حالة القوة القاهرة :

★ تؤدى القوة القاهرة بمعناها المعروف «La force majeure» الى اعفاء المتعاقد من التنفيذ ، وبالتالى فان الادارة فى هذه الحالة لا تستطيع ارغامه على

- على سبب يتعلق بالمصلحة العامة ولذلك يمكن على سبيل الإستثناء فى حالة فسخ العقد تعويض المتعاقد عن الضرر مع إستبعاد فكرة الكسب ، ونضرب مثلا لذلك بحالة غزو الألمان للمنطقة الجنوبية لفرنسا - راجع : (C.E 18 mai,1949 SIc: Travux et, Construction, R.P 228) .

(١) مطول مودى لوبادير : فى العقود ، الجزء الثالث - ص ١٤٧ .

التنفيذ ، ولا أن توقع عليه عقوبات بقصد تحقيق هذه الغاية ، كما أنها لا تستطيع أن توقع عليه غرامات التأخير . ولكن ما أثر القوة القاهرة على العقد ؟

★ المسلم به فى القانون المدنى المصرى ، أن القوة القاهرة ، والسبب الأجنبى بصفة عامة ، يؤدى الى انفساخ العقد من تلقاء نفسه وفقا للمادة ٣٧٣ من القانون المدنى . وبهذا المعنى تعتبر القوة القاهرة من الأسباب القانونية لانفساخ العقد . فاذا التجأ المتعاقد الى القضاء للحصول على حكم بأن استحالة التنفيذ ترجع الى سبب أجنبى ، فان الحكم فى هذه الحالة يقرر الفسخ ولا ينشئه[١] .

(رابعا) : الفسخ عن طريق الادارة : «La rélsiliation da L,administration»
وأحكام القضاء الادارى

إن حق الادارة فى فسخ العقود الادارية بقرارات تصدر منها هو من الخصائص البارزة التى تميز نظام العقود الادارية عن النظام المقرر فى القانون الخاص . ولقد سلم مجلس الدولة المصرى فى أحكامه بهذا الحق للادارة كقاعدة عامة ، تشكل جميع العقود الادارية ، ودون حاجة الى نص ، بل لقد جعل من هذا الحق طابعا مميزا للعقود الادارية فى معظم الأحكام ، ونكتفى بأن نورد على سبيل المثال حكما من أحكام محكمة القضاء الادارى ، وحكما آخر من أحكام المحكمة الادارية العليا يؤيد ما نادت به محكمة القضاء الادارى .

★ (أ) حكم محكمة القضاء الادارى الصادر فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٢ حيث تقول :

«ان العقود الادارية تختلف عن العقود المدنية فى أنها ... تستهدف مصلحة عامة لسير العمل فى مرفق عام ، وأن كفتى المتعاقدين فيها غير متكافئة ، اذ يجب أن يراعى فيها دائما وقبل كل شىء تغليب الصالح العام على مصلحة الأفراد ... ويترتب على ذلك أن للشخص المعنوى الحق فى مراقبة تنفيذ العقد ، وفى تغيير شروطه بالاضافة والحذف والتعديل ، وفى انهائه فى أى وقت طالما أن المصلحة العامة المنشودة منه تستلزم ذلك .....» .

(١) الوسيط : للسنهورى : المرجع السابق - الجزء الأول - ص ٧٢٤ - ٧٢٥ .

★ (ب) حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ٢٠ ابريل سنة ١٩٥٧ (س ٢ ص ٩٣٧) حيث تؤكد أن : «العقود الادارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذى يستهدف العقد تسييره ، وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة .. ويترتب على ذلك أن للادارة سلطة الاشراف والتوجيه على تنفيذ العقود ، وأن لها دائما حق تغيير شروط العقد واضافة شروط جديدة بما يتراءى لها أنه أكثر اتفاقا مع الصالح العام .. كما يترتب عليها كذلك أن للادارة دائما سلطة انهاء العقد ، فاذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام ، وليس للطرف الآخر الا الحق فى التعويضات ان كان لها وجه . على خلاف الأصل فى العقود المدنية ....» وبتطبيق هذا المبدأ على القضية المعروضة واستطردت قائلة «... فاذا ثبت أن البوية المتعاقد عليها مع أحد أسلحة الجيش أصبحت غير صالحة للغرض المتعاقد من أجله عليها بسبب تغيير صنف الجلد المستعجل لأحذية الجنود ، فللادارة أن تتحلل من تعاقدها ، وتعمل سلطتها العامة فى انهاء العقد مع تعويض المتعاقد عما أصابه من ضرر ...

(خامسا) : أساس حق الادارة فى انهاء العقود قبل الأوان ، مع تعويض المتعاقد فى حالة إنهاء العقد لدواعى الصالح العام :

ان أساس حق الادارة فى انهاء العقود قبل الأوان ، هو ذات الأساس الذى شرحناه عند دراسة حق الادارة فى تغيير بعض شروط العقد . ولهذا فان الأحكام التى ذكرناها بخصوص حق التعديل والتى سوف نذكرها تصدق فى هذا المجال ، باعتبار أن الانهاء ينصب على الشرط الخاص بمدة العقد ، فيتعين أن تجد ظروف تستدعى هذا الانهاء ، وأن يكون رائد الادارة فى الالتجاء اليه تحقيق الصالح العام . ومن ثم فان للادارة أن تنهى العقود الادارية اذا أصبحت غير ذات فائدة للمرفق العام ، أو أضحت لا تحقق المصلحة العامة المقصودة ، ولقد قدمت لنا المحكمة الادارية العليا مثالين هامين فى الحكمين اللذين أشرنا اليهما ، حيث غير الجيش نوع الجلد الذى تصنع منه الأحذية ، وبالتالى غدت البوية التى تعاقد الجيش على توريدها غير ذات فائدة . ومن ثم لم تكن المصلحة تقتضى أن تواصل الادارة تنفيذ عقد التوريد ، وتسلم باقى الصفقة التى تعاقدت على توريدها ، وفى حكم آخر تبين للادارة أن المباصق التى تعاقدت وزارة الصحة على توريدها ، لا تفى بالغرض المطلوب من أجله» .

ولما كان حق التعديل يتناول جميع العقود الادارية ، فان سلطة الانهاء تمتد الى جميع العقود الادارية أيضا ، بشرط تحقيق الأساس الذى تقوم عليه . ولهذا فان تشكك بعض الفقهاء فى وجود قاعدة عامة بهذا الخصوص لا محل له . ولا يؤيده قضاء مجلس الدولة الفرنسى ولا المصرى وأن كان ثمة بعض العقود التى يكون من العسير تحقيق شروط التعديل فيها . فحق التعديل بما فيه سلطة الانهاء - لا يمكن أستعماله الا لتحقيق صالح المرفق والعقود المالية بطبيعتها لا تمس المرافق العامة بطريق مباشر ، وبالتالى لا يجوز انهاؤها قبل الأوان . ومثال ذلك عقد القرض العام ، فانهاء مثل هذا العقد لابد وأن يستهدف تحقيق مصالح مالية للادارة لا مصالح عامة .

(سادسا) : حق الادارة فى انهاء العقود الادارية ليس سلطة مطلقة ولكنها سلطة تقديرية تستهدف تحقيق الصالح العام :

وللاحاطة بمدى حق الادارة فى انهاء العقود الادارية يتعين مراعاة الأحكام التالية :

(أولا) : أن حق الادارة فى انهاء العقود الادارية ليس سلطة مطلقة ، تلجأ اليها الادارة كيفما أرادت ولكنها سلطة تقديرية ، يجب أن تستهدف تحقيق المصلحة العامة على النحو الذى أوضحته الأحكام الادارية التى حكم بها سواء فى فرنسا أو فى مصر . ومن الأسباب التى تبرر الالتجاء الى تلك السلطة من قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، زوال الفرض الذى من أجله تعاقدت الادارة .

★ ومن أوضح الأمثلة على ذلك وقف القتال ، الذى يؤدى الى تخويل الادارة حق انهاء عقود التوريد المتعلقة بالمجهود الحربى . ولقد التزم مجلس الدولة الفرنسى هذا المسلك عقب الحربين العالميتين الأولى والثانية .

من تلك الأسباب أيضا الغاء المرفق العام ، أو تعديل نظامه على نحو يؤدى الى الاستغناء عن العقود المتعلقة . ومثال ذلك الغاء عقود التطوع لالغاء الوظائف الخاصة بالمتطوعين نتيجة لاعادة تنظيم المرفق العام ، أو الغاء عقد الامتياز نظرا لتحويل طريقة الادارة من الامتياز الى طريقة الادارة المباشرة ... الخ .

(ثانيا) : ان الادارة حين تستعمل تلك السلطة ، انما تستعملها تحت رقابة القضاء ، وللقاضى الادارى بناء على طلب المتعاقد أن يتحرى الأسباب الحقيقية التى دفعت الادارة الى انهاء العقد ، ويصبح القرار الصادر بالانهاء غير مشروع ،

اذا قام الانهاء على سبب غير سليم ، أو اذا استهدفت الادارة مصلحة غير المصلحة العامة ... الخ .

(ثالثا) : ولكن سلطة القاضى محدودة فى هذه الحالة ، فهى مقصورة على التحقق من جدية السبب الذى استهدفته الادارة ، ولكنه لايملك التصدى لبحث مدى ملاءمة انهاء العقد للسبب الذى قام عليه الانهاء . وهكذا تختلف رقابة القضاء فى هذا المجال عنها فى حالة رقابة فسخ العقد كجزاء لخطأ المتعاقد : ففى الحالة الأخيرة ، للقاضى أن يبحث مدى ملاءمة الفسخ كعقوبة للخطأ المنسوب الى المتعاقد .

★ ويلاحظ أن القرار الصادر بانهاء العقد الادارى ليس من اللازم أن يكون مسببا . ولكن هذا المبدأ طرأ عليه بعض التغيير فى فرنسا بعد صدور قانون ١١ يوليو سنة ١٩٧٩ (والذى نفذ من ١١ يناير سنة ١٩٨٠) ويوجب فى مادته الأولى تسبيب جميع القرارات الفردية التى تلحق ضررا بالمواطنين . ولا مقابل بهذا القانون فى مصر حتى الآن .

★ ومن جانبنا نرى ضرورة تسبيب القرار حتى يتمكن القضاء من بسط رقابة المشروعية على أسباب الإنهاء .

(سابعا) : حالة ثبوت أن انهاء العقد لا يقوم على سبب مشروع :

اذا ثبت للقضاء الادارى أن القرار الصادر بانهاء العقد لايقوم على سبب مشروع ، فانه يملك الغاء القرار ، كقاعدة عامة ، فيما عدا ما يتعلق بعقود الأشغال العامة ، فلقد رأينا أن مجلس الدولة الفرنسى يرفض الغاء القرارات الصادرة من الادارة بخصوصها ، استنادا الى أن الادارة هى صاحبة الأشغال وأن لها مطلق حرية التصرف بخصوصها ، وبالتالى فان حق مقاول الأشغال العامة يتحول الى تعويض .

(ثامنا) : تعويض المتعاقد مع الادارة فى حالة انهاء العقد لدواعى الصالح العام :

نعرض فيما يلى حكم المحكمة الادارية العليا - وفتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشارى بمجلس الدولة .

(أولا) : أكدت المحكمة الادارية العليا ذلك حيث تقول فى حكمها الصادر فى ٢ مارس سنة ١٩٦٨ مايلى :

«نجد أن ادارة المشتريات بمصلحة المخازن بوزارة الصحة قد طلبت توريد عدد كبير من المباصق الزجاجية ، فتقدم أحد الأفراد بعطاء على أساس توريد الكمية المطلوبة وفقا لعينة تقدم بها هو ، وقد قررت لجنة البت قبول العطاء على أساس عينة قسم الصدر التى لم يستدل عليها . ولما طرح النزاع أمام القضاء ، قررت المحكمة الادارية العليا – بعد فحص ظروف الحال – أن أحكام المادتين ١٢٠ و ١٢١ من القانون المدنى الخاصتين بتحديد الغلط لا تنطبق أحكامهما فى هذه الحالة لأن : «تحديد الجهة الادارية المتعاقدة للصنف المطلوب على هذا النحو لا يعد من قبيل الغلط لتلاقى الارادتين على العينة التى كانت محل اعتبار عند التعاقد ....» وأن السبب الحقيقى لرفض الادارة تسلم المباصق «هو عدم الحاجة للمباصق الموردة بعد أن تمسكت مصلحة الأمراض الصدرية بأنها لاتصلح مبصقة فى وحداتها ، وأنه ليس لها وجه للانتفاع بها» . وعقبت المحكمة الادارية العليا على ذلك بايراد المبدأ الذى سبق ذكره من أنه اذا كان من حق الادارة انهاء العقد لدواعى الصالح العام ، فان المتعاقد لم يخطىء ، وبالتالى يتعين تعويضه ، وقالت أنه «طبقا لهذه القواعد ، فأنه يحق للجهة الادارية أن تتحلل من تعاقدها الماثل بعد ما تحقق لها أن الأصناف الموردة والتى تم التعاقد عليها لا تفى بالغرض المطلوب من أجله ، ويعتبر العقد بذلك كأن لم يكن ، وتعود الحال الى أصلها قبل التعاقد ، فتقوم الجهة الادارية بتسليم المدعى الأصناف التى قام بتوريدها ، والتأمينات التى دفعها ، وماالى ذلك ، على أن يرد هو بدوره للجهة الادارية ما يكون قد حصل عليه منها تنفيذا لهذا العقد» .

ولما كان المتعاقد لم يخطىء كما ذكرنا ، فان المحكمة الادارية العليا قررت تعويضه ، ولكنها فى حساب مبلغ التعويض قدرت أن المتعاقد يمكن أن يفيد من طرح الأصناف للبيع فى السوق ببطء ، فمنحته مبلغ ٤٠٠ جنيه ، وكان المبلغ المطلوب – والذى قضت به محكمة القضاء الادارى – ١٧٠١ جنيها .

★ ★ ★

تلك هى الأسباب العامة التى تؤدى الى نهاية العقود الادارية سواء أكانت تلك النهاية طبيعية ، أو مبتسرة ولكن المشرع قد يصدر فى بعض الأحيان تشريعات خاصة لتنظيم كيفية فسخ بعض العقود فى حالات خاصة ، لاسيما فيما يتعلق بظروف انتهاء الحرب والتى أشرنا اليها . وفى هذه الحالات يكتفى القضاء الادارى بتطبيق تلك النصوص التشريعية ، سواء فيما يتعلق بكيفية الانهاء أو تقدير التعويض .

الفصـل الثـالث

الحالة الخاصة بشروط فسخ عقد الامتياز

نعرض فيما يلى بعض القواعد التى استقر عليها كل من مجلس الدولة الفرنسى والمصرى فى هذا الشأن :

(أولا) : شروط فسخ عقد الامتياز :

يجب أن يرتكب الملتزم خطأ بالغ الجسامة لا تجدى فى مواجهته وسائل الضغط التى تتمتع بها الادارة . والى هذا المعنى أشارت محكمة القضاء الادارى المصرية فى حكمها الصادر فى ٣ مارس سنة ١٩٥٧ حيث تقول :

«اذا كان سحب الالتزام يعتبر جزاء شديدا لما يترتب عليه من نتائج خطيرة ، فان التجاء الادارة اليه لا يكون الا فى أحوال المخالفات الجسيمة أو عندما يتكرر الاهمال الفاحش من جانب الملتزم أو يعجز عن تسيير المرفق العام وأداء الخدمات المطلوبة ....» .

كما أن الجمعية العمومية للقسم الاستشارى تؤكد ذات المعنى فى فتواها الصادرة فى فبراير سنة ١٩٥٨ حيث تقول :

«ان اسقاط الامتياز ماهو الا جزاء توقعه السلطة مانحة الالتزام على الملتزم نتيجة لأخطاء جسيمة اقترفها فى اداراته للمرفق بحيث يصبح من المتعذر الاطمئنان الى استمراره فى ادارة المرفق وتسييره» .

(ثانيا) : اعذار الملتزم قبل الفسخ :

يجب على الادارة قبل توقيع جزاء الفسخ ، أن تعذر الملتزم ، وغالبا ما تنص وثائق الالتزام على هذا الشرط ، ولكن مجلس الدولة الفرنسى يجعل منه شرطا أساسيا للقضاء بالفسخ ، حتى ولو خلا العقد من النص عليه ، بحيث لا تتحرر الادارة منه الا بناء على شرط صريح فى العقد أو اذا ثبت من ظروف الحال أن الاعذار لا فائدة منه ، كما لو أعلن الملتزم نفسه عجزه التام عن ادارة المرفق .

(ثالثا) : يتعين أن يحكم القاضى بالفسخ :

يتعين أن يحكم القاضى بالفسخ ، وهذه الخصيصة ينفرد بها عقد الامتياز ، على خلاف القاعدة العامة والتى تقضى بحق الادارة فى توقيع الجزاءات بنفسها دون حاجة للالتجاء الى القضاء .

ولكن للادارة أن تسترد حقها فى هذا الصدد عن طريق شرط صريح يرد فى عقد الامتياز ، وفى هذه الحالة يكون من حق القاضى أن يحكم بالغاء قرار الفسخ (أو الاسقاط) الصادر من الادارة بطريقة غير سليمة وبالتعويض عنه اذا ترتب على القرار أضرارا .

★ فتوى القسم الاستشارى بمجلس الدولة فى شأن عقوبة الفسخ أو بمعنى آخر (الاسقاط) :

جاء بالفتوى مايلى :

«ان للادارة قبل أن تلجأ الى عقوبة الاسقاط ، أن تتخذ من الاجراءات الوقتية ما يكفل استمرار سير المرفق وذلك لحساب الملتزم وتحت مسئوليته ، فان استطاع الملتزم أثناء المدة التى تستمر فيها هذه الاجراءات الوقتية اثبات قدرته على اعادة تسيير المرفق كان بها ، وإلا حق للادارة اسقاط الالتزام لأنها حق للملتزم فى الاستغلال ثم عرض المرفق وادارته فى المزايدة تمهيدا لمنح حق الاستغلال الى ملتزم جديد»[1] .

ثم انتهى القسم الاستشارى الى تفصيل فتواه على النحو التالى :

(١) أن الحكومة اذا شاءت أن تقرر اسقاط التزام منح لشركة ادارة مرفقا عاما ، ومصادرة التأمين المدفوع منها ، فيكون ذلك بقرار من مجلس الوزراء ، وذلك دون حاجة الى اعذار سابق .

(٢) بعد أن يتقرر اسقاط الالتزام تعلن الحكومة عن مزايدة عامة لبيع المرفق ومعداته وادارته وفقا لأحكام عقد الالتزام تمهيدا لاختيار ملتزم جديد ، وتشمل المزايدة حق استغلال المرفق فى ذاته .

---

(١) فتوى القسم الصادرة فى ٢٨ يناير سنة ١٩٥٣ .

(٣) اذا رأت الحكومة بعد الاسقاط أن المصلحة العامة تقتضى استمرار سير المرفق أثناء المدة التى تستغرقها اجراءات المزايدة ، فتكون ادارة المرفق فى هذه الحالة بمعرفتها وعلى حسابها وتحت مسئوليتها لحين اتمام المزايدة ، ولها أن تستخدم لهذا الغرض جميع موجودات المرفق» .

★ **الحالات المتعلقة بالفسخ فى العقود الادارية الأخرى :**

نص كل من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ، ولائحته التنفيذية على حالات كثيرة يحق للادارة فيها أن تفسخ العقد بمجرد قرار يصدر منها بذلك ، وسبق لنا الاشارة اليها ، كما يمكن الرجوع فى شأنها الى القانون رقم ٩ ولائحته التنفيذية ، وذلك منعا من التكرار .

أثر الفسخ :

نصت المادة (١٦٠) من التقنين المدنى الجديد على مايأتى :

«اذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فاذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض ».

تقادم دعوى الفسخ : ودعوى الفسخ ليست لها مدة خاصة تتقادم بها ، فتقادمها اذن يكون بخمس عشرة سنة من وقت ثبوت الحق بالفسخ ، ويكون ذلك عادة عند الاعذار ، طبقا للقواعد العامة فى التقادم المسقط ، وهذا بخلاف دعوى الابطال ، فقد رأينا أنها تتقادم بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة على حسب الأحوال .

تعليق :

تنص المادة (٣٧٤) مدنى على مايلى :

«يتقادم الإلتزام بإنقضاء خمس عشرة سنة فيما عدا الحالات التى ورد عنها نص خاص فى القانون وفيما عدا الاستثناءات التالية» .

★ والمقصود بالإستثناءات التالية هى الواردة بالمواد ٣٧٥ ، ٣٧٦ ، ٣٧٧ .

★ وترى أن هذه النصوص لاتخل بالنصوص الواردة فى القوانين الخاصة ، وذلك إستنادا إلى ماجاء بالفقرة الثالثة من المادة (٣٧٧) والتى نصت على مايلى :

«ولا تخل الأحكام السابقة بأحكام النصوص الواردة فى القوانين الخاصة» .

★ ولذلك فإن النصوص الخاصة هى الواجبة التطبيق وجدير بالإحاطة أنه لايجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه أو أى شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين - كما يجوز التمسك بالتقادم فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف .

● ● ●

الباب الثاني عشر

تطبيقات قضائية من أحكام القضاء الادارى فى شأن الفسخ والتعويض ، وحالات شطب اسم المتعهد ، واخلال الادارة بالتزاماتها قبل المتعاقد معها

الباب الحادى عشر

تطبيقات قضائية من أحكام القضاء الادارى فى شأن الفسخ والتعويض وحالات شطب اسم المتعهد ، واخلال الادارة بالتزاماتها قبل المتعاقد معها

الفصل الأول

جواز الجمع بين مصادرة التأمين ، والمطالبة بالتعويضات فى حالة الفسخ ، مشروط بألا يحظر العقد صراحة هذا الجمع ، وأن يكون الضرر مجاوزا قيمة التأمين المصادر . والدفع بعدم التنفيذ والتعويض فى حالة الفسخ وحالة الخطأ المشترك

المبحث الأول

الجمع فى حالة فسخ العقد الادارى بين مصادرة التأمين واستحقاق التعويض مشروط بعدم وجود نص يحظره ، وبأن يكون الضرر مازال موجودا حتى بعد مصادرة التأمين

القاعدة الأولى :

شروط التعويض فى حالة فسخ العقد :

ان فسخ العقد - أيا كان هذا العقد - يخضع لقاعدة قانونية عامة تقضى بأن للدائن الذى أجيب الى فسخ العقد أن يرجع بالتعويض عما أصابه من ضرر ، على المدين اذا كان عدم قيام هذا المدين بتنفيذ التزامه راجعاالى خطئه لاهمال أو تعمد ، وترتب على هذا الخطأ ضرر . وهذه القاعدة بحكم عموميتها تطبق فى حالة فسخ العقد الادارى ، كما تطبق فى حالة فسخ العقد المدنى على حد سواء ، ومن ثم فان هذا التعويض الذى مرده الى القواعد القانونية العامة مستقل

فى سببه كما أنه مختلف فى طبيعته ووجهته . وغايته ، عن شرط مصادرة التأمين الذى هو أحد الجزاءات المالية ، التى جرى العرف الادارى على اشتراطها فى العقد الادارى . والتى مردها الى ما يتميز به هذا العقد المدنى من طابع خاص مناطه احتياجات المرفق العام الذى يستهدف العقد تسييره ، وتغليب وجه المصلحة العامة فى شأنه على مصلحة الأفراد الخاصة . وهذا الطابع المميز هو الذى يترتب عليه تمتع الادارة فى العقد الادارى بسلطات متعددة منها سلطة توقيع الجزاءات المالية ومن بينها مصادرة التأمين ، ومادام السبب فى كل من مصادرة التأمين من جهة ، والتعويض من جهة أخرى مستقلا ، فى الطبيعة ، والوجهة والغاية ، فى كل منهما متباينة ، فلا تثريب أن اجتمع فى حالة فسخ العقد الادارى ، مع مصادرة التأمين استحقاق التعويض أيضا ، اذ لا يعتبر الجمع بينهما ازدواجا للتعويض محظورا ، حتى ولو لم ينص العقد الادارى على استحقاق التعويض ، لأن استحقاقه كما سلف البيان انما هو تطبيق للقواعد العامة . وقد جاءت المادة (١٠٥) من القرار رقم ٥٤٢ لسنة ١٩٥٧ باصدار لائحة المناقصات والمزايدات - الوقائع المصرية ٣ من مارس سنة ١٩٥٨ - العدد ١٩ (المعدلة بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣) - مؤكدة لهذا الأصل العام ، وغنى عن البيان أن الجمع بين مصادرة التأمين ، والتعويض رهين بألا يحظر العقد الادارى صراحة هذا الجمع ، وأن يكون الضرر لا يزال موجودا بعد مصادرة التأمين بمعنى أن يكون قدر الضرر أكبر من مبلغ هذا التأمين ، فاذا كانت مصادرة التأمين قد جبرت الضرر كله ، فلا محل اذن للتعويض ، تطبيقا للقواعد العامة مالم يتفق على خلاف ذلك وغير خاف أن هذه التحفظات التى ترد على المبدأ العام المشار اليه توجب النظر الى كل حالة على حدة بحسب الشروط التى إبرمت فيها والأوضاع التى أحاطت بها ، وتدعوا الى التزام الحذر فى تعميم حكم حالة بذاتها على سائر الحالات الأخرى التى قد تبدو فى ظاهرها متماثلة . وحاصل ما تقدم أن الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض ليس محظورا ، وأن هذا الجمع مشروط بعدم وجود نص ينادى بعدمه وبأن يبقى قائما بعض الضرر حتى بعد مصادرة التأمين أما اذا كانت المصادرة قد غطت الضرر كله فلا محل اذن للتعويض مالم يكن قد أتفق على غير ذلك فى بنود العقد الادارى[1] .

---

(١) المحكمة الادارية العليا : ١١٨ - ٨ (١٩٥٦/١١/٢٧) ٥١/٧/١١ .

القاعدة الثانية :

جواز الجمع بين مصادرة التأمين والمطالبة بالتعويضات فى حالة الفسخ - شرط ذلك ألا يحظر العقد صراحة هذا الجمع وأن يكون الضرر مجاوزا قيمة التأمين المصادر :

وجاء بالحكم مايلى :

ان فسخ العقد أيا كان هذا العقد - يخضع لقاعدة قانونية عامة مؤداها أن للدائن فى حالة فسخ العقد أن يرجع بالتعويض عما أصابه من ضرر على المدين اذا كان عدم قيام هذا المدين بتنفيذ التزاماته راجعا الى خطئه ، وترتب على هذا الخطأ ضرر للدائن . وهذه القاعدة بحكم عموميتها تطبق فى حالة فسخ العقد الادارى كما تطبق فى حالة فسخ العقد المدنى على حد سواء . ومن ثم فان هذا التعويض - الذى مرده الى القواعد العامة مختلفة فى طبيعته وغاياته عن شرط مصادرة التأمين ، وهو أحد الجزاءات المالية التى جرى العرف الادارى على اشتراطها فى العقد الادارى والتى مردها الى ما يتميز به العقد الادارى عن العقد المدنى من طابع خاص مناطه احتياجات المرفق العام الذى يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة فى شأنه ، وهذا الطابع الخاص هو الذى يترتب عليه تمتع الادارة فى العقد الادارى بسلطات متعددة منها سلطة توقيع الجزاءات المالية ومنها مصادرة التأمين ، ومادامت طبيعة كل من مصادرة التأمين والتعويض مختلفة فلا تثريب أن اجتمع فى حالة فسخ العقد الادارى مع مصادرة التأمين استحقاق التعويض ، اذ لا يعتبر الجمع بينهما ازدواجا للتعويض محظورا حتى ولو لم ينص فى العقد الادارى على استحقاق التعويض ، لأن استحقاقه كما سلف البيان انما هو تطبيق للقواعد العامة على أن الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض رهين بألا يحظر العقد الادارى صراحة هذا الجمع ، وأن يكون الضرر مجاوزا قيمة التأمين المصادر ، أما اذا كانت مصادرة التأمين قد جبرت الضرر كله فلا محل للتعويض مالم يتفق على غير ذلك[1] .

القاعدة الثالثة :

عدم النص على حق الجهة الادارية فى التعويض ، علاوة على مصادرة التأمين ، عما يلحقها من ضرر بسبب عدم قيام المتعهد بتنفيذ التزامه ، يؤدى فى حالة فسخ العقد الى حظر الجمع بين التعويض ومصادرة التأمين :

---

(١) المحكمة الادارية العليا : ٩٠١٩ - ٩ (١٩٦٦/١٢/١٠) ٣٥٥/٣٦/١٢ .

وجاء بالحكم مايلى :

ان شروط العقد موضوع النزاع وان لم يرد فيه نص على حق الجامعة فى التعويض ، علاوة على مصادرة التأمين عما يلحقها من ضرر بسبب عدم قيام المتعهد بتنفيذ التزامه ، الا أن مجرد عدم النص على ذلك لايؤدى فى حالة فسخ العقد الى حظر الجمع بين التعويض ومصادرة التأمين ، ذلك أن فسخ العقد يخضع لقاعدة قانونية عامة تقضى بأن للدائن الذى أجيب الى فسخ العقد أن يرجع بالتعويض عما أصابه من ضرر على المدين اذا كان عدم قيام هذا المدين بتنفيذ التزامه راجعا الى خطئه نتيجة اهمال أو تعمد من جانبه ، وكان قد ترتب على هذا الخطأ ضرر . ومن ثم فان هذا التعويض الذى مرده الى القواعد القانونية العامة مستقل فى سببه كما أنه مختلف فى طبيعته ووجهته وغايته عن شرط مصادرة التأمين الذى هو أحد الجزاءات المالية التى جرى العرف الادارى على اشتراطها مستقلا عن الآخر ، والطبيعة والوجهة والغاية فى كل منها متباينة ، فلا تثريب أن اجتمع فى حالة فسخ العقد مع مصادرة التأمين استحقاق التعويض ، اذ لا يعتبر الجمع بينهما ازدواجا للتعويض ، حتى ولو لم ينص فى العقد الادارى على استحقاق التعويض لأن استحقاقه كما سلف البيان انما هو تطبيق للقواعد العامة[1] .

القاعدة الرابعة :

لائحة اجراءات الشراء والبيع الخاصة بالهيئة العامة لشئون السكك الحديدية لا تحرم الجمع بين مصادرة التأمين واقتضاء تعويض يتمثل فى الفرق بين السعر الذى رسا به المزاد وبين السعر الذى سيرسو به المزاد عند طرح الصفقة فى المزاد لمرة ثانية – هذا الجمع جائز فى حالة الفسخ :

وجاء بالحكم مايلى :

أن المستفاد من نص المادة ٢٠٦ من لائحة اجراءات الشراء والبيع الخاصة بالهيئة أنه اذا تأخر من رسا عليه المزاد فى دفع باقى الثمن خلال أسبوع من رسو المزاد يصادر التأمين المدفوع وتطرح الصفقة فى المزاد ثانية .

وترى المحكمة أن هذا النص لا يحرم الهيئة من الجمع بين مصادرة التأمين

---

(١) المحكمة الادارية العليا : ١٠٨ – ١١ (١٩٦٩/٦/٢١) ٨٢٦/١٠٩/١٤ .

واقتضاء تعويض يتمثل في الفرق بين السعر الذى رسا به المزاد وبين السعر الذى يرسو به عند طرح الصفقة فى المزاد ثانية ، وهذا الجمع جائز فى حالة فسخ العقد لأنه يمثل التعويض عن الأضرار التى تعرضت لها الهيئة نتيجة اخلال المطعون ضده بتنفيذ التزاماته قبل الهيئة كما أن اقتضاء رسوم أرضية عن المهمات التى تراخى المطعون ضده فى استلامها هو صورة من صور التعويض عن الأضرار التى تعرضت لها الهيئة نتيجة شغل مساحات من الأراضى المملوكة للهيئة لمدة جاوزت المدة المنصوص عليها فى العقد الأمر الذى يوجب تعويض الهيئة عنه بغير حاجة الى نص صريح تقررها فى مثل هذه الحالة وحسب اللائحة أنها قررت بنص صريح وجوب اقتضاء هذه الرسوم فى حالة تخلف المشترى الذى ادى الثمن عن استلامها فى الموعد المحدد اذ أنها واجبة التطبيق من باب أولى فى حالة المشترى الذى لم يؤد الثمن إطلاقا كما هو الحال بالنسبة الى المطعون ضده والا كان المشترى الذى لم يؤد الثمن اطلاقا أحسن حالا ممن قام بأدائه ورسوم الأرضية فى هذه الحالة وهى حالة فسخ العقد تمثل التعويض عن شغل الأرضية بغير حق نتيجة اخلال المتعاقد بتنفيذ التزامه فى العقد الادارى ومادام السبب فى كل من مصادرة التأمين والتعويض إضطر الهيئة الى فسخ العقد واعادة طرح الصفقة فى المزاد ثانية .

ومن حيث أن فسخ العقد – أيا كان هذا العقد – يخضع لقاعدة قانونية عامة تقضى بأن للدائن الذى أجيب الى فسخ العقد أن يرجع بالتعويض عما أصابه من ضرر على المدين اذا كان عدم قيام هذا المدين بتنفيذ التزامه راجعا الى خطئه لاهمال أو تعمد ، وترتب على هذا الخطأ التعويض الذى مرده الى القاعدة القانونية العامة مستقل فى سببه كما هو أحد الجزاءات المالية ، التى جرى العرف الادارى على اشتراطها فى العقد الادارى ، والتى مردها الى ما يتميز به هذا العقد عن العقد المدنى من طابع خاص مناطه احتياجات المرفق العام الذى يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة فى شأنه على مصلحة الأفراد الخاصة ، وهاذ الطابع المعين هو الذى يترتب على تمتع الادارة فى العقد بسلطات متعددة منها سلطة توقيع الجزاءات المالية ومن بينها مصادرة التأمين . ومادام السبب فى كل من مصادرة التأمين من جهة والتعويض من جهة أخرى مستقلا ، والطبيعة ، والوجهة والغاية فى كل منهما متباينة ، فلا تثريب أن إجتمعت حالة فسخ العقد الادارى ، مع مصادرة التأمين استحقاق التعويض أيضا . وإذ لا يعتبر الجمع بينهما ازدواجا للتعويض محظورا ، حتى ولو

لم ينص العقد الادارى على استحقاق التعويض ، لأن استحقاقه كما سلف البيان انما هو تطبيق للقواعد العامة .

وغنى عن البيان أن الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض رهن بألا يحظر العقد الادارى صراحة هذا الجمع وأن يكون الضرر لا يزال موجودا بعد مصادرة التأمين بمعنى أن يكون قدر الضرر أكبر من مبلغ هذا التأمين ، فاذا كانت مصادرة التأمين قد جبرت الضرر كله ، فلا محل اذن للتعويض تطبيقا للقواعد العامة مالم يتفق على خلاف ذلك[1] .

القاعدة الخامسة :

اذا أخل المتعاقد مع جهة الادارة بأى شرط من شروط العقد ثلاث مرات خلال ثلاثين يوما يحق لها فسخ العقد ومصادرة التأمين اعمالا لشروط العقد ولا يمنع من ممارسة هذا الحق سبق توقيع بعض الجزاءات المنصوص عليها فى العقد اذ أن طبيعة حق هذه الجهة فى فسخ العقد ومصادرة التأمين تقتضى بالضرورة سبق اخلال المتعاقد مع الادارة بشروط العقد :

وجاء بالحكم مايلى :

انه يتضح من نصوص العقد على النحو السالف أن اخلال المتعاقد مع جهة الادارة بأى شرط من شروط العقد ثلاث مرات خلال ثلاثين يوما ، يخول وكيل الوزارة الحق فى فسخ العقد ومصادرة التأمين لجانب الحكومة ، ومن شروط العقد التى نوهت بها الفقرة (٢) من البند ٤٩ المشار اليه التزام المتعاقد مع جهة الادارة بتوريد الاصناف المطلوبة مطابقة للمواصفات المتفق عليها ، والتزامه بتوريدها بالوزن والعدد المطلوب فى المواعيد المحددة بهذا التوريد . وعلى ذلك فاذا أخل المتعاقد مع جهة الادارة بأى شرط من هذه الشروط أو غيرها ثلاث مرات خلال ثلاثين يوما حق لوكيل الوزارة فسخ العقد ومصادرة التأمين اعمالا لشروط العقد ولا يمنع من ممارسة هذا الحق سبق توقيع الجزاءات المنصوص عليها فى الفقرة (٣) من البند ٤٩ المشار اليه ، هذه الجزاءات المترتبة على الشراء من الغير على حساب المتعاقد مع الجهة الادارية عند اخلاله بشروط التوريد وهى تحميل المتعاقد بفروق الثمن والمصاريف

---

(١) المحكمة الادارية العليا : ١٠٠١ - ١٣ (١٩٧٠/١٢/١٩) ٧٨/١٢/١٦ .

الادارية والغرامات وما اليها ، لا يمتنع ذلك لأن طبيعة حق وكيل الوزارة فى فسخ العقد ومصادرة التأمين تقتضى بالضرورة سبق اخلال المتعاقد مع الادارة بشروط العقد عددا معينا من المرات فى أمد معين ، ولا يسوغ أن تقف الادارة حيال هذا الاخلال المتكرر لشروط العقد ، وأثناء تنفيذه موقفا سلبيا فلا تقوم بشراء الاصناف المطلوبة على حساب المقصر ومايستتبع ذلك بحكم اللزوم من توقيع الجزاءات المترتبة عليه ، انتظارا لتوافر الشروط المبررة لفسخ العقد ومصادرة التأمين ، لا يسوغ ذلك لأنه فضلا عن مخالفته لنصوص العقد ، فأنه من شأنه التضحية بالمصلحة العامة التى تتطلب وجوب السير فى تنفيذ العقد الادارى دون توقف ، ومنعا لأى لبس فى هذا الصدد أكد العقد فى الفقرة (٣) من البند ٤٩ سالف الذكر أن توقيع الجزاءات المشار اليه لا تخل بحق الوزارة فى الغاء العقد بالكيفية والنتائج المنصوص عليها فى الفقرة (٢) المذكورة آنفا[١]

المبحث الثانى

الدفع بعدم التنفيذ ، والتعويض المستحق فى حالة الفسخ وفى حالة الخطأ المشترك

القاعدة الأولى :

الأصل أن الدفع بعدم التنفيذ لا يجوز أن يتمسك به المتعاقد مع الادارة فى العقود الادارية ، وذلك ضمانا لحسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد . الا أنه يجوز للطرفين عند التعاقد أن يخرجا على هذا الأصل . وفى هذه الحالة يجوز للمتعاقد مع الادارة أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ وبالتالى لا يحق للادارة أن توقع عليه غرامات تأخير مادامت قد تراخت فى تنفيذ التزاماتها مما أعجزه عن تنفيذ التزامه قبلها[٢] .

القاعـدة الثانيـة :

أسباب الدفع بعدم التنفيذ كأصل عام أمر غير جائز فى العقود الادارية لما تتميز به

(١) المحكمة الادارية العليا : ٥٢٣ - ١١ (١٩٧١/١/٩) ١٦/٢٠/١٣٠ .
(٢) المحكمة الادارية العليا : ٧٦ - ١١ (١٩٧١/١٢/١٨) ١٧/١٧/٩٧ .

من خصائص ولاتصالها بالمرفق العام الذى يجب أن يسير بانتظام واطراد نتيجة ذلك : لا يجوز للمتعاقد مع جهة الادارة أن يوقف سير المرفق لأى سبب حتى ولو كان الخطأ أو التقصير من جهة الادارة فى تنفيذ التزام من التزاماتها التعاقدية :

وجاء بالحكم مايلى :

ومن حيث أن الثابت أن مجلس مدينة الاقصر قد وقع هو الآخر فى خطأ كان له شأن فى زيادة الضرر المطالب بالتعويض عنه ويتمثل هذا الخطأ فى تراخيه فى اتخاذ الاجراءات المنصوص عليها فى العقد فى الوقت المناسب ضمانا لحسن سير المرفق بانتظام واضطراد بعد أن أفصح المتعاقد فى اخطاراته المتعاقبة فى ١٠ ابريل سنة ١٩٦٥ ، ٢٠ ابريل سنة ١٩٦٥ ، ٨ من مايو سنة ١٩٦٥ سالفة الذكر عن عدم رغبته فى التمسك بالعقد واعتباره مفسوخا وظل المجلس ساكنا منذ اخطاره المتعاقد بفتح البوفية فى ٣٠ من مايو سنة ١٩٦٥ حتى طالبه فى ٢٣ من أكتوبر سنة ١٩٦٥ أى بعد قرابة خمسة أشهر بسداد الجعل من مايو سنة ١٩٦٥ حتى آخر أكتوبر سنة ١٩٦٥ ثم أصدر قراره فى ٢٢ من نوفمبر سنة ١٩٦٥ بفسخ العقد ومصادرة التأمين والمطالبة بالمتأخرات وأخطر المتعاقد معه بهذا القرار فى ٢٨ من نوفمبر سنة ١٩٦٥ وطالبه بسداد مبلغ ٥٠٠ر٨٠ جنيها قيمة الايجار عن المدة من مايو سنة ١٩٦٥ حتى آخر نوفمبر سنة ١٩٦٥ وعاد وطالبه بمبلغ ٥ر١٠٣ جنيها قيمة المستحقات المقول بها من مايو سنة ١٩٦٥ الى آخر يناير سنة ١٩٦٦ - وقد كان يتعين على مجلس المدينة أن يعمل على توقى هذه الأضرار المادية فضلا عن توقف نشاط المقصف لو بذل جهدا معقولا فى اتخاذ اجراءات فسخ العقد واعادة طرح مزاد المقصف فى الوقت المناسب ، أما وقد تراخى فى اتخاذ هذه الاجراءات فترة استطالت الى أكثر من سبعة أشهر فى حين أن مدة العقد سنة واحدة ، فانه يكون قد ارتكب خطأ يتعين أن يتحمل تبعته .

ومن حيث أنه لما كان الأمر كذلك وكانت جهة الادارة قد ساهمت فيما ترتب من ضرر بأن تقاعست عن اتخاذ الاجراء اللازم فى الوقت المناسب والذى تقدره المحكمة بثلاثة أشهر تكفى لأن تتخذه فيه جهة الادارة ما تشاء من اجراءات تضمن استمرار استغلال المقصف وبذلك يكون المتعاقد معها ملتزما بسداد الجعل المستحق عن ثلاثة أشهر تنفيذا لنصوص عقد استغلاله وما يقدر بمبلغ ٥ر٣٤ جنيها .

ومن حيث أن المتعاقد مع مجلس المدينة المذكورة قد حرم من استغلال المقصف نتيجة لغلقه في ٨ من ابريل سنة ١٩٦٥ تنفيذا لحكم جنائي لا يد له فيه وكان قد سدد الجعل كاملا عن شهر ابريل خصم هذا المبلغ من الجعل المستحق عليه عن الثلاثة أشهر المذكورة وبالتالي يكون صافي المبلغ المستحق للجهة الادارية قبله هو ٧٠٠ر٢٥ جنيها بالاضافة الى مبلغ التأمين المصادر وقدره ٦٠٠ر٢٧ جنيها على ماسلف بيانه .

ومن حيث أنه لم يثبت في الاوراق أن المتعاقد مع مجلس المدينة المذكور ظل شاغلا المقصف بمنقولاته حتى نهاية مدة العقد في آخر يناير سنة ١٩٦٦ أو أنه استلم المقصف من الشرطة في ٢٤ من مايو سنة ١٩٦٥ اذ كل ما ثبت في محضر فتح المقصف أنه تم فض الأختام تنفيذا لقرار النيابة العامة ولم يذكر في هذا المحضر وجود المتعاقد أو أحد تابعيه أثناء تنفيذ هذا القرار ، وفضلا عن ذلك قد سجل المدعى عليه بكتبه الموجهة الى مجلس المدينة أنه رفع يده عن المقصف من تاريخ غلقه وطلب من المجلس استلام الأشياء التي سبق تسليمها اليه ، وبذلك يكون ما يزعمه مجلس المدينة من بقاء المتعاقد معه شاغلا للمقصف بمنقولاته حتى آخر يناير سنة ١٩٦٦ على غير أساس سليم من الواقع .

ومن حيث أن المادة ٢٢٦ من القانون المدني تنص على أنه اذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء به ، كان ملزما بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها أن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخا آخر لسريانها وهذا كله مالم ينص القانون على غيره - ولما كان المطعون ضده قد تأخر في الوفاء بمقابل ايجار البوفيه سالف الاشارة اليه وكان هذا المبلغ معين المقدار فمن ثم تستحق عليه الفوائد القانونية بواقع ٤٪ سنويا من تاريخ المطالبة القضائية .

ومن حيث أنه لكل ما تقدم يكون الحكم المطعون فيه اذ قضى برفض الدعوى والزام الجهة الادارية بالمصاريف قد جاء مخالفا للقانون فيتعين الحكم بالغائه والقضاء بالزام المدعى عليه بأن يدفع لمجلس مدينة الأقصر مبلغ ٧٠٠ر٢٥ جنيها فقط خمسة وعشرين جنيها وسبعمائة مليم لاغير والفوائد القانونية بواقع ٤٪ سنويا عن هذا

المبلغ من تاريخ المطالبة القضائية الحاصلة فى ٧ من نوفمبر سنة ١٩٦٧ حتى تمام الوفاء ونصف مصروفات كل من الدعوى والطعن[١] .

القاعدة الثالثة :

لا يجوز للمتعاقد مع الادارة أن يفسخ العقد المبرم معها بقرار منه اذا ما وجدت مبررات الفسخ بل يتعين عليه أن يلجأ الى القضاء للحصول على حكم منه بذلك - أساس ذلك أن فسخ العقد الادارى كأصل عام أمر تترخص فيه جهة الادارة ضمانا لحسن سير المرفق العام وليس للمتعاقد معها الا حق المطالبة بالتعويض أن كان له مقتض :

وجاء بحكم المحكمة الادارية العليا مايلى :

« ومن حيث أن فسخ العقد الادارى كأصل عام أمر تترخص فيه جهة الادارة وحدها ضمانا لحسن سير المرفق العام وليس للمتعاقد معها الا حق المطالبة بالتعويض أن كان له مقتضى وينبنى على ذلك أنه ليس للمتعاقد مع الادارة أن يفسخ العقد المبرم معها بقرار منه اذا ما وجدت مبررات الفسخ ، بل يتعين عليه أن يلجأ الى القضاء للحصول على حكم منه بذلك ، كما أن الدفع بعدم التنفيذ كأصل عام أيضا غير جائز فى العقود الادارية لما تتميز به من خصائص ولاتصالها بالمرافق العامة التى يجب أن تسير بانتظام واطراد ومن ثم فلا يجوز للمتعاقد مع جهة الادارة أن يوقف سير المرفق لأى سبب حتى ولو كان لخطأ أو تقصير من جانب الادارة فى تنفيذ الزام من التزاماتها التعاقدية . وعلى ذلك فان امتناع المطعون ضده عن تنفيذ عقد استغلال المقصف المذكور دون ثمة ما يبرر ذلك واخطاره مجلس مدينة الأقصر باعتبار العقد مفسوخا بانقضاء سبعة أيام على تاريخ اخطاره فى ١٠ من ابريل سنة ١٩٦٥ واصراره على ذلك فى الكتب الموجهة الى مجلس المدينة فى ٢٠ من ابريل سنة ١٩٦٥ وأول مايو سنة ١٩٦٥ ، ٨ من مايو سنة ١٩٦٥ ، ٣٠ من أكتوبر سنة ١٩٦٥ يعد اخلالا منه بتنفيذ أحكام العقد يستوجب تدخل جهة الادارة لتعمل شروطه التى تقضى باعتباره منتهيا ومصادرة التأمين المودع دون حاجة الى اثبات الضرر ودون مساس بحقها فى الرجوع على المتعاقد معها بالتعويض عن الأضرار التى قد تلحقها نتيجة الاخلال بشروط العقد[٢] .

---

(١) المحكمة الادارية العليا : ١٠٢٧ - ١٥ (١٩٧٨/١/٢٨) ٥٢/٢٣ .
(٢) المحكمة الادارية العليا : ١٠٢٧ - ١٥ (١٩٧٨/١/٢٨) ٥٢/٢٣ .

القاعدة الرابعة :

اذا كان الضرر الذى لحق بالمتعاقد مع الادارة أساسه الخطأ المشترك الذى وقع من الادارة والمتعاقد - فللقاضى أن يقدر نصيب كلا من المسئولين عن الخطأ فى التعويض :

وجاء بالحكم مايلى :

أنه متى تقرر بطلان العقد بطلانا مطلقا على الوجه المتقدم فان المؤسسة يصيبها كأثر حتمى لتقرير البطلان ضرر يتمثل فى قيمة الأدوات التى قامت بتصنيعها والتى تبين أنها غير قابلة للتعامل وليس من سبيل الى استردادها لمخالفتها لاحكام مرسوم الأوعية .

ومتى كان الضرر الذى أصاب المؤسسة جاء نتيجة خطأ كل من الادارة والمؤسسة معا فالفرض أن المؤسسة عليمة بأحكام مرسوم الأوعية علمها بالقانون الذى لا يعذر أحد بالجهل به ، وكان من المتعين عليها والحالة هذه أن تتثبت من مطابقة ما تضعه لأحكامه ، ويتمثل خطأ الادارة فى كونها طرحت المناقصة على أساس عينة نموذجية مخالفة لاحكام مرسوم الأوعية مع ما يتوافر لديها من الامكانيات الفنية التى لها الوقوف على حقيقة المواد الداخلة فى تركيبها . واذا كان الخطأ مشتركا كان للقاضى أن يقدر نصيب كل من المسئولين عن الخطأ فى التعويض وفقا لاحكام المادتين ١٦٩ ، ٢١٦ من القانون المدنى فان المحكمة تقدر التعويض المستحق للمؤسسة فى ذمة الادارة - بمراعاة مدى جسامة الخطأ الذى ارتكبه كل منهما[1] .

تعليق على الحكم :

إن المادة «١٦٩» من القانون المدنى تنص على أنه «إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين فى إلتزامهم بتعويض الضرر ، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى ، إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم بالتعويض الذى يراه اقاضى مناسبا» .

ونحن نرى أن هذا النص هو الواجب التطبيق دون نص المادة «٢١٦» والتى تنص على مايلى : «يجوز للقاضى أن ينقص مقدار التعويض - أو ألا يحكم بتعويض ما إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك فى إحداث الضرر أو زاد فيه» .

---

(١) المحكمة الادارية العليا : ١٣٠٣ - ٨ (١٩٦٦/١٢/٣١) ٤٩٤/٤٨/١١ .

وصحيتنا فى ذلك أن أن نطاق الطعن يتمثل فى الضرر الذى لحق بالمتعاقد مع الإدارة أساسه الخطأ المشترك - بينما نجد المادة «٢١٦» تتناول حالة إنقاص مقدار التعويض أو عدم الحكم بالتعويض إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك فى إحداث الضرر أو زاد فيه .

والغرض فى الطعن أن الخطأ الذى لحق بالمتعاقد مع الإدارة هو خطأ مشترك ولازيادة فيه – ولهذا نرى أنه كان على الحكم أن يكتفى بالإستناد إلى المادة «١٦٩» ولا حاجة به إلى الإستناد إلى المادة «٢١٦» .

الفصـل الثـانى

أسباب شطب اسم المتعهد من قائمة المتعاملين مع الادارة

نعرض القواعد التالية فى أسباب شطب اسم المتعهد ، ويمكن أن تتمثل فى وقوع الغش أو التلاعب والرشوة أو الشروع فيها ، ويقتضى ذلك ثبوت علم المتعهد بهذه المخالفات ومحاولة ايجاد الثغرات للتحلل من التزامه ابتغاء الحصول على منفعة غير مشروعة ، وكذلك الخداع من جانب المورد وعدم التزامه الجدة .

القاعدة الأولى :

وقوع الغش أو التلاعب أو الرشوة أو الشروع فيها من أحد المتعاقدين يلزم الجهة المتعاقدة معه بشطب اسمه لهذا السبب - وجوب احترام وزارة الخزانة لهذا القرار ونشره - الدعاوى التى تقام طعنا على هذه القرارات - يتعين توجيهها الى الجهات التى أصدرتها - وزارة الخزانة ليست خصما أصيلا فى هذه الدعاوى :

وجاء بالحكم مايلى :

ان قرار شطب اسم المطعون عليه قد صدر استنادا الى البند ٢٨ من شروط التعاقد معه الذى ردد حكم المادة ٨ من لائحة المناقصات والمزايدات (المعدلة بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣) وتنص هذه المادة على أن (يفسخ العقد ويصادر التأمين النهائى وذلك بعد أخذ رأى مجلس الدولة ودون اخلال بحق المصلحة فى المطالبة بالتعويضات وذلك فى الحالات الآتية :

(أ) اذا استعمل المتعهد الغش أو التلاعب فى معاملته مع المصلحة أو السلاح وحينئذ يشطب اسمه من بين المتعهدين وتخطر وزارة الخزانة بذلك لنشر قرار الشطب ، ولا يسمح له بالدخول فى مناقصات حكومية هذا علاوة على ابلاغ أمره للنيابة عند الاقتضاء .

(ب) اذا ثبت أن المتعهد أو المقاول شرع بنفسه أو بواسطة غيره بطريق مباشر أو غير مباشر فى رشوة أحد موظفى الحكومة أو مستخدميها أو عمالها أو التواطؤ

معه أضرارا بالسلاح أو بالمصلحة أو بالوزارة علاوة على شطب اسمه من بين المتعهدين واخطار وزارة الخزانة بذلك لنشر قرار الشطب مع اتخاذ الاجراءات القضائية ضده .

وفقا لحكم هذه المادة ليس لوزارة الخزانة أية سلطة تقديرية فى نشر قرار شطب الاسم أو عدم نشره فمتى ثبت وقوع الغش أو التلاعب أو الرشوة أو الشروع فيها من أحد المتعاقدين وقررت الجهة الادارية المتعاقدة شطب اسمه لهذا السبب تعين على وزارة الخزانة احترام هذا القرار ونشره - أما المادة ٨٧ مكررا من اللائحة التى تستند اليها الوزارة والتى ردد حكمها البند التاسع والعشرون من شروط التعاقد مع المطعون عليه فمجال تطبيقها يختلف عن مجال تطبيق المادة ٨٥ سالفة الذكر ، وذلك أنها تقضى بأن (تخطر وزارة الخزانة بالقرارات التى تصدرها الوزارات والمصالح بوقف التعامل أو استبعاد أحد المتعهدين أو المقاولين لأسباب تتعلق بحسن سمعته لنشرها على وزارات الحكومة ومصالحها أن وجدت مبررا لذلك) وواضح أن حكم هذه المادة لا ينطبق على قرارات شطب الاسم التى يحكمها نص المادة ٨٥ سالفة الذكر ، بل ينطَبق على ما تتخذه الجهات الادارية بمالها من سلطة تنظيم اعمال واجراءات المناقصات العامة من قرارات تحرم بها بعض الأشخاص غير المرغوب فيهم من التعامل معها أو من التقدم فى المناقصات التى تعلن عنها بسبب عدم توافر شرط حسن السمعة فيهم متوخية بذلك الصالح العام الذى يقضى بألا يفرض على جهات الأدارة التعامل مع من لم تعد لها ثقة به فاذا هى استبعدت اسمه من قائمة المتعاملين معها لأسباب غير الغش والتلاعب والرشوة كان لوزارة الخزانة سلطة تقديرية فى الجزاء ونشر قرار الاستبعاد أو عدم نشره اذا قدرت أن الأُسباب التى قام عليها لاتبرر تعميم هذا الاستبعاد ويبين مما تقدم أن دور وزارة الخزانة بالنسبة الى القرارات التى تصدر من الجهات الادارية المتعاقدة بشطب أسماء الموردين أو المقاولين فى حالة ثبوت وقوع التلاعب أو الغش أو الرشوة يقتصر وفقا لحكم المادة ٨٥ من لائحة المناقصات والمزايدات على نشر هذه القرارات دون أن يكون لها أية سلطة تقديرية فى هذا الشأن وينبنى على ذلك أنها لاتعتبر خصما أصيلا فى الدعاوى التى تقام طعنا على مثل هذه القرارات والتى يتعين توجيهها الى الجهات التى أصدرتها[1] .

---

(١) المحكمة الادارية العليا : ١٠٧١ - ٩ (١٩٦٦/١/٢٩) ٣٥١/٤٤/١١ .

القاعدة الثانية :

المادة ٨٥ من لائحة المناقصات والمزايدات (المعدلة بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣) – وقوع غش أو تلاعب من المتعهد أثره : حق الادارة فى فسخ العقد وشطب اسم المتعهد – أحكام المادة المذكورة لا تخل بحق الادارة فى شطب اسم المتعهد فى حالة عدم فسخ العقد :

وجاء بالحكم مايلى :

ان نص المادة ٨٥ من لائحة المناقصات والمزايدات (المعدلة بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣) لا يحرم الادارة من حقها فى شطب اسم المتعهد الذى يستعمل الغش أو التلاعب فى حالة ما اذا لم تر فسخ العقد وقبلت الاصناف المخالفة ، ذلك أنه ورد – كما تنطق عباراته – إلزام الادارة بشطب اسم ذلك المتعهد فى حالة فسخ العقد . أما اذا لم ترد الادارة فسخ العقد فأنه يبقى لها دائما حقها فى استبعاد من لا يتمتع بحسن السمعة من قائمة عملائها وذلك الحق الأصيل الذى لم يخل به نص المادة ٨٥ سالف الذكر فيجوز لها بمقتضى هذا الحق أن تشطب اسم المتعهد اذا ثبت استعماله الغش أو التلاعب حتى ولو لم يفسخ العقد لهذا السبب بمعنى أن شطب اسم المتعهد بسبب استعمال الغش والتلاعب اذا كان واجبا فى حالة فسخ العقد فأنه جائز أيضا اذا لم يفسخ العقد باعتبار أن استعمال الغش أو التلاعب دال بذاته على عدم تمتع المتعهد بحسن السمعة[١] .

القاعدة الثالثة :

مجرد مخالفة المواصفات المتفق عليها – لا يشكل غشا أو تلاعبا يدعو الى شطب اسم المتعهد – الغش يقتضى ثبوت علم المتعهد بهذه المخالفة بما ينطوى عليه هذا العلم من الخداع من جانبه – التلاعب الذى يجاوز الاهمال ولا يرقى الى مرتبة الغش يفترض اتيان المتعهد اعمالا تنم عن عدم التزامه الجادة فى تنفيذ التزاماته ومحاولته ايجاد الثغرات للتحلل منها ابتغاء الحصول على منفعة غير مشروعة :

وجاء بالحكم مايلى :

ان مجرد مخالفة المواصفات المتفق عليها لا يشكل غشا أو تلاعبا يدعو الى شطب

---

(١) المحكمة الادارية العليا : ٩٢٩ – ٩ (١٩٦٧/٦/١٧) ١٢/١٣١/١١٩٢ .

اسم المتعهد من قائمة المتعاملين مع الادارة اذ يلزم حتى ترقى مخالفة المواصفات الى مرتبة الغش أن يثبت علم المتعهد بهذه المخالفة بما ينطوى عليه هذا العلم من الخداع من جانب المدعى فى حقيقة الشىء المسلم من حيث نوعه أو طبيعته أو صفاته الجوهرية التى جرى التعاقد عليها . ففى هذه الحالة يتوافر سوء القصد الدال على استعمال الغش المبرر للشطب ، كذلك فان مجرد مخالفة المواصفات فى الكمية القليلة التى قام المدعى بتسليمها الى العمال فى محله وفى الظروف التى تم فيها هذا التسليم لا يعد تلاعبا . ذلك أن التلاعب هو الذى يجاوز الاهمال ولا يرقى الى مرتبة الغش ، والذى يتعذر حصر مختلف أساليبه وشتى صوره ، يفترض اتيان المتعهد اعمالا تنم عن عدم التزام المتعهد الجادة فى تنفيذ التزاماته ومحاولته ايجاد الثغرات للتحلل منها ابتغاء الحصول على منفعة غير مشروعة على حساب المصلحة العامة التى يستهدفها العقد الادارى[1] .

القاعدة الرابعة :

مجرد مخالفة المواصفات - أن صح ذلك - لايشكل غشا أو تلاعبا يدعو الى شطب اسم المورد من قائمة المتعاملين مع الادارة - أساس ذلك أنه يلزم حتى ترقى مخالفة المواصفات الى مرتبة الغش أن يثبت علم المتعهد بهذه المخالفة بما ينطوى عليه هذا العلم من خداع من جانب المورد فى حقيقة الشىء المسلم من حيث نوعه أو صفاته الجوهرية التى يرى التعاقد عليها أو أن يأتى المتعهد اعمالا تنم عن عدم التزام الجادة فى تنفيذ التزاماته ابتغاء الحصول على منفعة غير مشروعة على حساب المصلحة العامة - فى هذه الحالات يتوافر سوء القصد الدال على استعمال الغش أو التلاعب المبرر لعدم التعامل مع المورد :

وجاء بالحكم مايلى :

انه عن السبب الثانى من أسباب الطعن . فالثابت من الأوراق أن المركز القومى للبحوث أعلن فى ١٦ من يونيه سنة ١٩٦٩ عن فتح باب القيد فى سجل الموردين فى موعد غايته ٣٠ من يوليه لسنة ١٩٦٩ لتوريد بعض المهمات ، وقد تقدم المدعى بطلبين فى ١٩ من يونية سنة ١٩٦٩ لقيد اسم الشركة التى يمثلها فى السجل المذكور ، الا أن المركز رفض طلبه وذلك بكتاب مراقب الشئون المالية المؤرخ ٣ من أغسطس سنة ١٩٦٩ ، وقد أفصحت الجهة الادارية فى مذكراتها عن أسباب

---

(١) المحكمة الادارية العليا : ٩٢٩ - ٩ (١٩٦٧/٦/١٧) ١١٩٢/١٣١/١٢ .

قرارها المشار اليه وحاصلها أن المدعى سبق أن قام بتوريد حضانتين وتبين من فحصهما أن وحدة التبريد بهما مستعملتان ومجددتان واحداهما لا تعطى درجة التبريد المطلوبة ، كما تبين عدم صلاحية بعض الاجهزة التى كان يقوم المدعى بتوريدها وارتفاع أسعارها ، ولجوء المدعى أحيانا الى طرق مريبة لسحب أصناف سبق توريدها قبل اتخاذ اجراءات فحصها عندما تكشف للجهة طالبة التوريد عدم صلاحية تلك الاصناف . وكل ذلك بجانب ضخامة قيمة العمليات التى أسندت الى المدعى والتى بلغت خلال الفترة من ١٢ من أغسطس سنة ١٩٦٠ حتى ٢٣ من مارس سنة ١٩٦٦ مبلغ ٢٤٧٤٥ جنيه رغم ما تكشف من عدم سلامة اجراءات الشراء وبطريقة تدعو الى الشك فى غالبية الموضوعات التى تناولها التحقيق والتى انتهت الى وجوب التحرز فى المعاملة مع المدعى .

ومن حيث أن الجهة الادارية وقد أفصحت عن أسباب قرارها ، فان هذه الأسباب تخضع لرقابة القضاء الادارى للتحقق من مدى مطابقتها أو عدم مطابقتها للقانون ، وأثر ذلك فى النتيجة التى انتهى اليها القرار وهذه الرقابة القانونية تجد حدها فى التحقق مما اذا كانت هذه النتيجة مستخلصة استخلاصا سليما من أصول تنتجها ماديا وقانونيا ، فاذا كانت منتزعة من غير أصول موجودة أو كان تكييف الوقائع – على فرض وجودها ماديا – لا ينتج النتيجة التى يتطلبها القانون ، كان القرار فاقدا لركن السبب ومخالفا للقانون .

ومن حيث أنه يبين من الاطلاع على قضية النيابة الادارية رقم ١ لسنة ١٩٦٨ ، أن المركز القومى للبحوث تعاقد مع المدعى على توريد حضانتين الى وحدة الحداثة البيولوجية طراز لوتس ٧٠١ (صناعة محلية) وعلى أن تكون الحضانة مستعدة لاعطاء درجة حرارة من ٥ م الى ٦٠ م ومزودة بموصلتين أوتوماتيكتين صناعة ألمانيا الغربية بمبلغ ٣٢٠ جنيه للحضانة الواحدة . واذ ورد المدعى الحضانتين المشار اليهما شكلت لجنة لفحصهما فقررت أن وحدة التبريد فى كل من الحضانتين قديمة ورأت تكليف المورد باستبدال وحدتى التبريد بوحدتين جديدتين أو يقبل خصم ٥٠ جنيه من قيمة كل حضانة . ولما لم يقبل المدعى ما انتهت اليه اللجنة ، أصدر مدير عام ادارة المرافق والصيانة بالمركز قرارا بتشكيل لجنة أخرى لاعادة فحص الجهازين وقد انتهت هذه اللجنة الى أن نوع الاصناف الموردة مطابق من جميع الوجودة لما هو مطلوب وأوصت بقبول الحضانتين ، وقد تم تسليمهما الى

المخازن وسداد الثمن للمدعي ، ونظرا لاعتراض أحد أعضاء اللجنة الاولى على ما انتهت اليه اللجنة الثانية ، تم تشكيل لجنة ثالثة لاعادة الفحص وانتهت هذه اللجنة الى أن وحدة التبريد فى كل من الحضانتين مستعملة ومجددة وليست جديدة ، وأن احدى الحضانتين لا تعطى درجة التبريد المطلوبة. ويبدو واضحا مما تقدم أن المواصفات التى تم على أساسها التوريد لم تتطلب صراحة أن تكون وحدة التبريد فى كل حضانة جديدة ، ولم يذكر المدعى فى أى مرحلة من مراحل التوريد أن وحدة التبريد بكل الحضانتين جديدة ، ولذلك اختلفت لجان الفحص فقد رأت احدى هذه اللجان مطابقة الحضانتين للمواصفات على أساس عدم النص على وجوب أن تكون وحدة التبريد جديدة بينما رأت اللجنتان الأخيرتان ، أن الحضانتين غير مطابقتين للمواصفات استنادا الى أن المفروض أن تكون وحدات جديدة وليست مجددة .

ومن حيث أنه أيا كان الرأى فيما انتهت اليه كل من اللجان المشار اليها ، فان مجرد مخالفة المواصفات - أن صح ذلك - لا يشكل غشا أو تلاعبا يدعو الى شطب اسم المدعي من قائمة المتعاملين مع الادارة ، اذ يلزم حتى ترقى مخالفة المواصفات الى مرتبة الغش أن يثبت علم المتعهد بهذه المخالفة بما ينطوى عليه هذا العلم من خداع من جانب المورد فى حقيقة الشىء المسلم من حيث نوعه أو صفاته الجوهرية التى جرى التعاقد عليها ، أو يأتى المتعهد اعمالا تنم عن عدم التزام الجادة فى تنفيذ التزاماته ابتغاء الحصول على منفعة غير مشروعة على حساب المصلحة العامة ، وفى هذه الحالات يتوافر سوء القصد الدال على استعمال الغش ، أو التلاعب المبرر لعدم التعامل مع المورد ، كذلك فان باقى الاسباب التى ذكرتها الجهة الادارية تبريرا لرفض طلبى المدعى ، قد جاءت مجهلة وعامة غير محددة لوقائع معينة ، وهى على هذا النحو لاتصلح سببا للقرار المطعون اذ لا يمكن أن يستخلص منها أن المدعى دأب على الغش فى معاملاته مما يفقده حسن السمعة الواجب توافرها فيمن تتعاقد معه الادارة ، ومن ثم يكون القرار المطعون فيه غير قائم على سبب يبرره ومخالفا للقانون ، واذ ذهب الحكم المطعون فيه غير هذا المذهب يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وتأويله ويتعين الحكم بالغائه والقضاء بالغاء القرار المطعون فيه والزام الجهة الادارية المصروفات[1] .

---

(١) المحكمة الادارية العليا : ٦٧٧ - ١٩ (١٩٧٦/٦/٢٦) ٢٢٨/٨٣/٢١ .

الفصـــل الثالث

اخلال الادارة بالتزاماتها قبل المتعاقد وأثر ذلك

القاعدة الأولى :

عدم قيام جهة الادارة بتنفيذ التزامها بتسليم المتعاقد معها موقع العمل مما ترتب عليه وقف العملية مدة طويلة تجاوز المعقول ، يعد اخلالا جسيما من جانب الادارة بواجباتها – فسخ العقد واستحقاق المتعاقد مع الادارة تعويضا عما أصابه من أضرار :

وجاء بالحكم مايلي :

متى كان الثابت أنه قد حيل بين المتعاقد والبدء فى تنفيذ العملية بسبب تعرض رجال الاصلاح له : الأمر الذى ترتب عليه وقف تنفيذ هذه العملية لمدة جاوزت السنة بعد صدور أمر التشغيل دون أن تقوم الهيئة المتعاقدة بتنفيذ التزامها بتسليم الطاعن مواقع العمل وتمكنه من البدء فى التنفيذ ، فمن ثم فأنه اذا لوحظ أن المدة التى حددت لتنفيذ العملية هى شهران فقط ، فان عدم قيام الهيئة المذكورة بتسليم مواقع العمل الى الطاعن طيلة عام بأكملة مما يحق معه القول بأنها قد أخلت اخلالا جسيما بواجبها نحو الطاعن بعدم تمكينه من العمل ، وأنها تأخرت فى تنفيذ التزامها هذا مدة كبيرة تجاوز القدر المعقول مما يقوم سببا مبررا لفسخ العقد المبرم بينهما وتعويض الطاعن عما أصابه من أضرار بسبب ذلك[1] .

القاعدة الثانية :

تعاقد الجهة الادارية على بيع سلعة مع من رسى عليه المزاد – عدم مطابقة السلعة للمواصفات وحظر السلطات الصحية المختصة تصريفها للاستهلاك الأدمى يعد مخالفة الجهة الادارية لمسئوليتها العقدية – لايجيز لها درءا لمسئوليتها التعلل بأن المشترى كان بمقدوره اكتشاف العيب

---

(١) المحكمة الادارية العليا : ٨٦٢ – ٩ (١٩٦٧/٦/٣) ١٢/١٢٢/١٢٣ .

★ ونحن نرى أن لهذا الحكم أهمية كبيرة فى الحياة العملية ، وفى التطبيق ، حيث وجدنا أن دائرة العقود والتعويضات بمجلس الدولة، يعرض عليها الكثير من منازعات العقود الإدارية التى يدور محورها حول تقاعس جهة الإدارة عن تسليم موقع العمل لمقاولى الأشغال العامة مخالفة بذلك التزاماتها التعاقدية .

قبل الاقدام على المزاد بذل عناية الرجل المعتاد بكل ما توجبه من أسباب الحرص ، لاتزعزع قدر الثقة وأسباب الاطمئنان التى توحى بها مقتضيات التعامل مع جهة الادارة والتى تتنزه عن مثل هذا الانحراف بمقتضيات التعاقد ومقاصده - تعويض :

وجاء بالحكم مايلى :

ومن حيث أن الثابت أن الجهة الادارية باعت المدعى ٦٠ طن فول سودانى حبة حمراء عصير ممتاز و ٩٠ طن فول سودانى حبة حمراء عصير عادة ، وماكان يتأتى أن يتمخض هذا البيع عن فولا فاسدا تحظر السلطات الصحية المختصة تصريفه للاستهلاك الآدمى ويهبط ثمنة اذا ما بيع - لأغراض أخرى - بعد أن رفض المدعى استلامه الى نحو نصف الثمن الذى كان قد بيع به ومثل تلك المخالفة اذ قارفتها الجهة الادارية وتردى فيها تابعوها موجب لمسئوليتها العقدية التى لا فكاك منها يدرأها عنها التعلل بأن المشترى كان بمقدوره بعناية الرجل المعتاد بكل ما توجبه من أسباب الحرص لا تزعزع قدر الثقة وأسباب الاطمئنان التى توحى بها مقتضيات التعامل مع جهة الادارة والتى تتنزه عن مثل هذا الانحراف بمقتضيات التعاقد ومقاصده .. ولا ريب أن هذه المخالفة العقدية الثابتة فى حق الجهة الادارية تملى تعويض المدعى عما أصابه من الأضرار بسببها - دون اخلال بحقه الثابت فى استرداد ما قدمه من تأمين نهائى - ومن ثم فقد أصاب الحكم الطعين فيما قضى به من تعويض شامل للمدعى عما فاته من كسب ولحقه من الأضرار ولا تثريب على تقدير المحكمة لهذا التعويض بمبلغ ٢٥٠٠ جنيه بمراعاة ما أثبته الخبير المنتدب من أرتفاع أسعار الفول السودانى بوجه عام وما كان يحققه المدعى من المكسب من جرائها بعد استنزال تكاليف التجارة عادة من مصروفات لا غنى عن تحملها ، وعلى أن يغطى مبلغ التعويض كامل الأضرار التى لحقت بالمدعى من جراء الصفقة بمافى ذلك ما أصابه من ضرر متحقق بسبب كميات الفول التى تسلمها مغايرة لشروط البيع[1] .

القاعدة الثالثة :

لايسوغ للمتعاقد مع الادارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق العام بحجة أن ثمة اجراءات ادارية قد أدت إلى اخلال الادارة بأحد التزاماتها قبله - يتعين عليه أن يستمر فى التنفيذ ثم يطالب جهة الادارة بالتعويض أن كان لذلك مقتضى :

---

(١) المحكمة الادارية العليا ٩١٥/٩٢٦ - ٢٣ (١٩٧٩/٤/٢٨) ١٠٦/٢٤ .

(١) الاستلام المؤقت :

٦٠ وهو الذى يتم عقب انهاء المقاول للأعمال المتفق عليها مباشرة . والأصل فيه أن يتم فى حضور المقاول أو مندوبيه . وقد نظم ذلك ، الأمر المادة ٨٥ من لائحة المناقصات والمزايدات الجديدة (والتى تقابل المادة ٩٧ من اللائحة الملغاة) . فبعد أن ألزمت المقاول بأن يخلى الموقع من جميع المواد والأتربة والبقايا وأن يمهده . والا قامت الادارة بذلك على حسابه ، قالت « ... ويخطر (المقاول) عندئذ بالموعد الذى حدد لاجراء المعاينة . ويحرر محضر التسليم المؤقت بعد اتمام المعاينة ، ويوقعه كل من المقاول أو مندوبه الموكل بذلك بتوكيل مصدق عليه ومندوبى جهة الادارة الذين يخطر المقاول بأسمائهم . ويكون هذا المحضر من ثلاث نسخ تسلم أحداها للمقاول» . وهكذا تكون تلك المادة قد احتفظت بقاعدة التسليم فى حضور المقاول .

★ والأصل أن يتم الاستلام المؤقت صراحة ، وبمقتضى تحرير محضر يوقع عليه من كل من مندوبى الادارة والمقاول على النحو الذى أوضحته المادة ٨٥ من اللائحة الحالية والمادة ٩٧ من اللائحة الملغاة .

ولا يترتب على التسليم المؤقت انتقال الملكية الى الادارة ، وبالتالى يظل المقاول متحملا للمخاطر التى تتعرض لها الأعمال خلال الفترة بين الاستلام المؤقت والاستلام النهائى . وذلك بطبيعة الحال ، مالم ينص العقد على خلاف ذلك . (وسبق لنا بيان ذلك فى مجال عرض احكام لائحة المناقصات والمزايدات الحالية) .

★ ولا يترتب على الاستلام المؤقت تغطية الأخطاء التى يكون المقاول قد ارتكبها أثناء التنفيذ .

ولكن الادارة اذا أتمت الاستلام المؤقت بلا تحفظ . وكان المقاول قد أدخل بعض التعديلات على التصميمات الأصلية للمقايسات ، فان ذلك يعتبر منها قبولا لتلك التعديلات .

(٢) الاستلام النهائى :

هو الاجراء الذى بمقتضاه تتملك الادارة الأعمال نهائيا ، بعد أن تتأكد من أن المقاول قد أوفى بالتزامه على الوجه المرضى . وهو يتم عقب انتهاء فترة العام والذى يبدأ من تاريخ الاستلام المؤقت . وقد نظمت هذا الاستلام المادة ٩٩ من

اللائحة الملغاة ، والمادة ٨٧ من اللائحة الجديدة بقولها : «قبيل انتهاء مدة الضمان بوقت مناسب ، يخطر المقاول جهة الادارة كتابة للقيام بتحديد موعد المعاينة . ومتى تبين أن الأعمال قد نفذت مطابقة للمواصفات بحالة جيدة ، فيتم تسلمها نهائيا بموجب محضر من ثلاث صور يوقعه كل من مندوبي جهة الادارة والمقاول أو مندوبه الرسمي ، وتعطى للمقاول صورة منه واذا ظهر من المعاينة أن المقاول لم يقم ببعض الالتزامات ، فيؤجل التسليم النهائي لحين قيامه بما يطلب اليه من الأعمال ، هذا مع عدم الاخلال بمسئوليته طبقا لاحكام القانون المدني . وعند تمام التسليم النهائي ، يدفع للمقاول ما قد يكون مستحقا له من مبالغ . ويرد اليه التأمين النهائي أو ما تبقى منه» .

★ ويتم التسليم النهائي في مواجهة كل من الطرفين كما هو الشأن بالنسبة الى التسليم المؤقت ، وكما هو واضح من نص المادة ٩٩ الملغاة والمادة ٨٧ الحالية – بمقتضى محضر يوقعانه . وقد يكون خاليا من التحفظات أو مصحوبا ببعض التحفظات . وعند النزاع يكون الفصل للقضاء الاداري .

وسبق لنا بيان ذلك .

★ والأصل هنا أيضا أن يتم الاستلام النهائي صراحة . ولكن هل يجوز أن يتم بطريقة ضمنية كما هو الشأن بالنسبة الى الاستلام المؤقت ؟ لاشك في أن من حق المقاول على الادارة أن تقوم باجراء الاستلام النهائي عند نهاية مدة الضمان اذا ما كانت الأعمال سليمة ، اما لأنها كانت كذلك من أول الأمر ، أو متى أصبحت كذلك بعد أن ينفذ المقاول ما تطلبه الادارة من اصلاحات . فاذا رفضت الادارة الاستلام ، فانها تتعرض للمسئولية التعاقدية . ومن حق المقاول أن يلجأ الى قاضي العقد ، لاثبات أن الأعمال في حالة تسمح باستلامها ، وذلك لأن للمقاول حقا مكتسبا في أن يتم الاستلام النهائي حتى يمكنه الحصول على المقابل المتفق عليه من ناحية . وأن يتحرر من التزامه بالتنفيذ من ناحية أخرى .

★ **ويترتب على الاستلام النهائي . النتائج الحاسمة فيما يتعلق بانقضاء عقد الأشغال العامة . وما يولد من التزامات ، ويمكن اجمال تلك النتائج فيمايلي :**

(أولا) : انتقال الملكية وتحمل تبعة الهلاك الى الادارة : يؤدي الاستلام النهائي – بعكس الاستلام المؤقت – الى انتقال ملكية الأعمال الى الادارة نهائيا . وبالتالي فان الادارة ، منذ تاريخ هذا الاستلام ، تتحمل نتيجة هلاك تلك الأعمال وفقا للقاعدة المعروفة .

الباب الثالث عشر

انقضاء عقود الامتياز والأشغال العامة والتوريد وأسباب الانقضاء وآثاره القانونية

الباب الثالث عشر

انقضاء عقود الامتياز والاشغال العامة والتوريد وأسباب الانقضاء وآثاره القانونية

تمهيد :

ينقسم هذا الباب الى فصلين وهما :

الفصل الأول :

ويتناول النهاية الطبيعية وغير الطبيعية لعقد الامتياز ، وأسبابها ، وآثارها القانونية ، ومن أهمها تصفية عقد الامتياز ، ومصير الأموال المستغلة بالمرفق وتصفية الحسابات .

كما يضم هذا الفصل تصفية عقد الاشغال العامة وما يتعلق بالاستلام المؤقت والنهائى للأعمال .

ويشتمل على نهاية عقد التوريد نهاية طبيعية وغير طبيعية .

الفصل الثانى :

ويعرض تطبيقات قضائية حديثة من أحكام المحكمة الادارية العليا بشأن المنازعات الادارية المتعلقة بعقد الامتياز – وعقد الاشغال العامة – وعقد التوريد .

وذلك باعتبار أن هذه العقود من أهم العقود الادارية التى تدور حولها أغلب المنازعات العقدية فى الحياة العملية .

الباب الثالث عشر

انقضاء عقود الامتياز والأشغال العامة والتوريد والآثار القانونية المترتبة على ذلك وتطبيقات قضائية من أحكام المحكمة الادارية العليا

الفصــل الأول

حالات انقضـاء عقد الامتياز والاشغـال العامـة والتوريـد والآثار القانونية المترتبة على ذلك

المبحث الأول

حالات النهاية والانقضاء وآثار ذلك

(أولا) : النهاية الطبيعية لعقد الامتيـاز :

ينتمى عقد الامتياز الى طائفة العقود الزمنية ، التى يعتبر الزمن عنصرا جوهريا فيها ، وبالتالى فان النهاية الطبيعية لعقود الامتياز تحل بانقضاء الزمن المحدد لنفاذها ، واذا كان موضوع عقد الامتياز هو الالتزام بتسيير مرفق عام ، وكان المفروض أن يستمر المرفق فى أداء الخدمة المنوطة به الى زمن غير محدد ، فان المسلم به فى فرنسا ، وفى مصر ، أن التزامات المرافق العامة لا يمكن أن تكون مؤبدة . وتجدر الاشارة الى أن دستور سنة ١٩٢٣ كان قد حرم تأبيد تلك العقود ، وأن القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ قد وضع حدا أقصى لمدة نفاذ عقود الامتياز هو ٣٠ سنة[١] .

وتحدد المدة المقررة لنفاذ عقود الامتياز بمقتضى العقد ذاته ، وفى نطاق المدة المقررة بمقتضى القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ . فاذا أغفل العقد تحديد المدة – وهو فرض نادر الوقوع عملا – فلا مناص من اعتبار تلك المدة ٣٠ عاما ، باعتبار أن تلك المدة هى أقصى ما يمكن أن يتفق عليه الطرفان .

ويبدأ سريان تلك المدة من تاريخ المصادقة النهائية على العقد ، وبانقضاء المدة المحددة من هذا التاريخ ينقضى العقد بقوة القانون .

---

(١) تنص المادة الأولى من القانون السابق على أنه «لايجوز منح التزامات المرافق العامة لمدة تزيد على ثلاثين سنة» .

ولكن تحديد مدة العقد بحد أقصى قدره ثلاثون عاما لا يحول دون تجديد عقد الامتياز عند نهاية المدة ، كما أنه لا يمنع من مد المدة المتفق عليها أصلا فى العقد .

أما فيما يتعلق بالتجديد فلاشك فى امكان حدوثه ، ذلك أن القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ ، اذا كان قد حدد مدة العقد الأصلى بثلاثين عاما . فأنه لا يمنع التعاقد مرة أخرى مع ذات الملتزم بمقتضى عقد جديد . وبالتالى يجوز للملتزم القديم عند انقضاء عقده القديم أن يتقدم للتعاقد مرة أخرى ، ولمدة جديدة ، بمقتضى عقد جديد اذا ثبت للادارة أنه أصلح المتقدمين لأداء الخدمة المطلوبة .

(ثانيا) : النهاية غير الطبيعية لعقد الامتياز واسترداد المرفق وأسباب انقضاء عقد الامتياز :

قد ينتهى عقد الامتياز – كما هو الشأن بالنسبة الى سائر العقود الادارية – نهاية مبتسرة ، قبل المدة المحددة لنفاذه . ولكن عقد الامتياز ينفرد – دون سائر العقود الادارية بخاصيتين أساسيتين تقوم عليهما الأحكام المنظمة لهذا الموضوع وهما :

(١) : صلة العقد الوثيقة بالمرفق العام ، والتى تزيد من فرص نهاية العقد قبل ميعاده المحدد .

(٢) : جسامة المبالغ التى يستلزمها اعداد المرفق ، والتى تستوجب حماية الملتزم .

★ هذا ويمكن رد أسباب انقضاء عقد الامتياز قبل الأوان الى ثلاثة عوامل :

(أولا) : اسقاط الالتزام .
(ثانيا) : الاسترداد .
(ثالثا) : الفسخ بسبب من الأسباب الأخرى .

ونوضح ذلك على النحو التالى :

(أولا) اسقاط الالتزام :

وهو فسخ العقد على حساب الملتزم نتيجة لخطئه . وسبق لنا دراسة هذه الوسيلة من وسائل انقضاء العقود عند تعرضنا لدراسة الجزاءات التى توقعها الادارة على المتعاقد المقصر . كما أوردنا بعض الأحكام المتعلقة بها . ومن ثم فاننا نكتفى بالاحالة اليها ، ونكتفى بأن نذكر أن اسقاط الالتزام لا يمكن الالتجاء اليه – وفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسى الا بشرطين وهما :

(أ) : أن يخطىء الملتزم خطأ جسيما .

(ب) : أن يحكم به القاضى ، وبالتالى لا تستطيع أن تأمر به الادارة الا بناء على نص صريح فى العقد أو التشريع .

ولكن المحكمة الادارية العليا لم تتابع مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الصدد ، وقررت فى حكمها الصادر فى ١٩٧٧/١٢/٣٠ مايلى :

«ليس صحيحا فى القانون ، أن هذا الجزاء (سحب الالتزام أو اسقاطه) لا يجوز توقيعه الا بحكم من المحكمة المختصة ، اذ أن مانح الالتزام له سلطات عديدة يملك استعمالها فى حالة عدم قيام الملتزم بالوفاء بالتزاماته المفروضة عليه بموجب العقد ، فله بقرار منه توقيع الغرامات المنصوص عليها بالعقد ، أو تنفيذ التزامات الملتزم على حسابه : وكذلك له أن يتخذ ما يراه كفيلا لضمان سير المرفق ، كما يثبت لمانح الالتزام دائما – بجانب هذه الجزاءات – اسقاط الالتزام اذا اختل المرفق اختلالا جزئيا أو كليا أو اذا ارتكب الملتزم مخالفات جسيمة . غاية الأمر أنه يشترط فى هذا الصدد توافر شرطين :

أولهما : أن يرتكب الملتزم مخالفات جسيمة أو يتكرر اهماله أو يعجز عن تسييره المرفق بانتظام .

وثانيهما : وجوب انذار الملتزم قبل توقيع هذا الجزاء ... ولا يتطلب الأمر حكم من المحكمة المختصة ، بل يكفى قرار من مانح الالتزام ...»[1] وقد سبق لذات المحكمة تقرير هذا المبدأ فى أحكامها السابقة . كما أن قسم الرأى يعتنق ذات المبدأ .

استرداد المرفق :

وهو عبارة عن انهاء الادارة لعقد الامتياز ، قبل نهايته الطبيعية دون خطأ من جانب الملتزم مقابل تعويضه تعويضا عادلا .

(ثالثا) : تصفية عقد الامتياز وإسترداد المرفق ومصير الأموال المستعملة فى إستغلاله وتصفية الحسابات بين الملتزم والادارة :

يثير موضوع انقضاء عقود الامتياز بحثا هاما يتعلق بتصفية تلك العقود ، لمعرفة مصير الأموال والأدوات المستعملة فى ادارة المرفق ، وهى ضخمة فى الغالب ، وتصفية الحسابات بين الادارة والملتزم .

---

(١) المحكمة الادارية العليا : حكمها الصادر فى ١٩٧٧/١٢/٣٠ (مجموعة المبادىء القانونية ص ١٩٢٣) .

وفيما يلى نعرض للأسس العامة التى يقوم عليها هذا الموضوع :

(أولا) : مصير الأموال المستعملة فى استغلال المرفق :

★ وافق قسم الرأى مجتمعا فى فتواه الصادرة فى ٢٣ مارس سنة ١٩٥٥ على أنه : «عند ايلولة المرفق لجهة الادارة تؤول تبعا له كافة المنشآت والموجودات التابعة له واللازمة لسيره ، سواء نص فى عقد الالتزام على أيلولتها أو لم ينص . وتكون هذه الايلولة مقابل التعويض اللازم . مالم ينص فى عقد الالتزام على أيلولة هذه الأشياء بدون مقابل» .

★ وبالرجوع الى التقليد الذى تجرى عليه عقود الامتياز فى فرنسا وفى مصر ، نجد أن تلك العقود تنص عادة على أيلولة بعض الأموال الى الدولة مجانا ، وعلى بقاء مالم ينص عليه ملكا للملتزم ، مع الاتفاق على حق السلطات العامة فى شراء ما يلزم من تلك الأموال فى ادارة المرفق العام ، وأحيانا يتفق مع الملتزم على شراء بعضها .

(٢) تصفية الحسابات بين الملتزم والادارة :

★ يعتمد الملتزم عادة على الرسوم التى يتقاضاها من المنتفعين فى سبيل تغطية ما ينفقه على اعداد المرفق ، وما يعول عليه من ربح . ولكن انقضاء الالتزام قد يثير مسألة أخيرة تتعلق بتصفية الحسابات بين الادارة والملتزم . فقد تنهى الادارة العقد نهاية مبتسرة ، وقد تكون الادارة قد التزمت فى مواجهة المتعاقد بأن تضمن له حدا أدنى من الربح ، أو تكون قد تسببت بتصرفاتها فى أن تحمله بعض الأعباء . وقد يكون الملتزم مقصرا فيما يتعلق بصيانة الأموال التى سوف تعود مجانا الى الدولة ، أو فيما يختص بالأتاوة التى يتعين دفعها للدولة ... الخ . وكل هذه الأمور تقتضى تصفية على أساس المقاصة بين حقوق كل من الطرفين ، وإستنزال المبالغ المستحقة للادارة ، من ثمن الأموال التى يتعين على الادارة شراؤها .

★ والقاعدة التى تحكم تلك التصفية ، تنحصر فى اعمال شروط العقد ، على أساس أن النصوص التى يتضمنها عقد الالتزام فى هذا الصدد ، هى نصوص تعاقدية ، ملزمة لكل من الطرفين ، ومن ثم فان مهمة القضاء فيما لو طرح عليه النزاع ، أن يعمل على تفسير تلك الشروط ، والتزام أحكامها ، وفقا للنية المشتركة للطرفين المتعاقدين .

★ يخلص مما تقدم أن موضوع تصفية عقد الامتياز يخضع خضوعا شبه تام لشروط العقد ، وعلى القاضي في حالة غموض الشروط ، أن يتلمس الحل على ضوء تفسير شروط العقد في مجموعها ، مستهديا في ذلك بنية الطرفين المشتركة . ومن ثم فان مجال القضاء الانشائي في هذا المجال محدود ، لاقتصار دوره على تفسير شروط العقد وتنفيذها .

ولهذا فانه من الأهمية بمكان أن تصاغ شروط عقد الامتياز بوضوح تام حتى تقطع السبيل على كل نزاع عند التصفية[1] .

وسبق لنا ايضاح أهم قواعد التفسير وبصفة خاصة ما تعلق منها بقواعد تفسير العقد الادارى . (وجدير بالاحاطة أننا سبق أن بينا الاسباب الاخرى لفسخ العقد) .

المبحث الثانى
نهاية عقود الأشغال العامة
والتمييز بين الاستلام المؤقت والاستلام النهائى

★ ونبين ذلك فيما يلى :

(أولا) : النهاية الطبيعية لعقد الاشغال العامة :

الوضع الغالب بالنسبة الى عقود الأشغال العامة أنها عقود فورية ، تنقضى بتنفيذ كل من الطرفين المتعاقدين لالتزاماته المترتبة على العقد[2] . أما التزامات الادارة فتنحصر في الوفاء بالثمن المتفق عليه . أما التزامات المتعاقد فتقوم على اتمام الاعمال موضوع العقد .

ويتحرر المقاول من التزاماته قبل الادارة بتسليم الادارة للاعمال التى قام بتنفيذها .

ولكن يجب أن نميز فى هذا الصدد بين الاستلام المؤقت للاعمال والاستلام النهائى لها .

---

(١) الدكتور/ سليمان محمد الطماوى «الاسس العامة للعقود الادارية» - مرجع سابق - ص ٨١٢ - ٨١٣ .

(٢) ولكن ثمة طائفة خاصة من عقود الاشغال تعتبر من قبيل العقود الزمنية ، وهى عقود الالتزام بالصيانة وتنقضى هذه العقود بانتهاء المدة المقررة فى العقد ، كما هو الشأن فى عقود الالتزام وغيرها من العقود الزمنية .

وجاء بالحكم مايلى :

من المبادىء المقررة أن العقود الادارية تتميز بطابع خاص ، مناطه احتياجات المرفق الذى يهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة ، ولما كان العقد الادارى يتعلق بمرفق عام ، فلا يسوغ للمتعاقد مع الادارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق ، بحجة أن ثمة اجراءات ادارية قد أدت الى الاخلال بالوفاء بأحد التزاماتها قبله ، بل يتعين عليه ، ازاء هذه الاعتبارات أن يستمر فى التنفيذ مادام ذلك فى استطاعته ، ثم يطالب جهة الادارة بالتعويض عن اخلالها بالتزامها أن كان لذلك مقتض وكان له فيه وجه حق فلا يسوغ له الامتناع عن تنفيذ العقد بارادته المنفردة والا حقت مساءلته عن تبعة فعله السلبى[1] .

● ● ●

---

(١) المحكمة الادارية العليا : ٧٦٧ - ١١ (١٩٦٩/٧/٥) ٩٣٢/١٢٤/١٤

(ثانيا) : يتحلل المقاول من واجب الصيانة الذى يقع على عاتقه فى الفترة ما بين التسليم المؤقت والتسليم النهائى ، وبالتالى لا تملك الادارة أن تكلف المقاول بشىء من هذا القبيل بعد التاريخ السابق .

(ثالثا) : لا تملك الادارة بعد الاستلام النهائى أن تحتج بمخالفة المقاول للعقد أو القول بأنه لم يحترم شروطه فى التنفيذ ، ولا تستطيع أن تطالب بالتعويض عن شىء من هذا القبيل الا اذا كانت قد قدمت بشأنه تحفظات صريحة عند اتمام الاستلام النهائى .

ولكن يجب التمييز بين مخالفة شروط العقد عند التنفيذ . وبين العيوب التى تتكشف عنها الأعمال بعد الاستلام النهائى ، فمن حق الادارة أن تطالب بالتعويض عن هذه العيوب مالم يسقط الحق فى ذلك بالتقادم .

المبحث الثالث

النهاية الطبيعية وغير الطبيعية لعقود التوريد الادارية

(أولا) : النهاية الطبيعية لعقود التوريد :

★ تنقضى عقود التوريد الفورية بتسليم البضائع المتفق عليها ، وتنتهى عقود التوريد الزمنية بانقضاء المدة المقررة للتوريد . ولا جديد فى هذا الخصوص الا فيما يتعلق بالنظام القانونى المقرر لاستلام البضائع الموردة وما يترتب على قبول البضائع الموردة أو رفضها من آثار .

★ وهنا أيضا يوجد نوعان من الاستلام وهما : المؤقت والنهائى . ولكن ليس للتفرقة بين النوعين فى حالة عقود التوريد ، تلك الأهمية التى لمسناها فى نطاق عقود الاشغال . وأحيانا يندمج نوعا الاستلام ، وذلك متى قبلت الادارة الاصناف مرة واحدة وبصفة نهائية .

هذا وقد نظمت لائحة المناقصات والمزايدات اجراءات تسليم الاصناف الموردة على أساس التمييز بين الاستلام المؤقت والاستلام النهائى : فنصت المادة ٨٨ من اللائحة الجديدة (والتى تقابل المادة ١٠٠ من اللائحة الملغاة) على أن «يلتزم المتعهد بتوريد الاصناف المتعاقد عليها فى الميعاد أو المواعيد المحددة ، خالصة جميع المصروفات

والرسوم ، ومطابقة لأمر التوريد وللمواصفات ، أو العينات المعتمدة ، ويتسلم أمين مخزن الاستقبال مايورده المتعهد بالعدد أو الوزن أو المقاس بحضور مندوب المتعهد ، ويعطى عنه ايصالا مؤقتا مختوما بخاتم جهة الادارة موضحا به اليوم والساعة التى تم فيها التوريد ، ويقرر فيه حالة الاصناف من حيث سلامتها ، وذلك لحين اخطار المتعهد بميعاد اجتماع لجنة الفحص» . وسبق لنا الاشارة الى تلك القواعد عندما عرضنا أحكام اللائحة الجديدة .

★ ولا يترتب على التسليم المؤقت انتقال الملكية وتبعية الهلاك من المورد الى الادارة ، كما أن للادارة أن تثبت فساد الاصناف الموردة حتى تمام الاستلام النهائى .

(ثانيا) : النهاية غير الطبيعية لعقود التوريد :

حسبما سبق بيانه تطبق القواعد العامة التى تسرى على سائر العقود فيما يتعلق بالفسخ . ومن ثم فان عقود التوريد تنتهى نهاية غير طبيعية بالطرق الآتية :

أولا : فسخ العقد بالتراضى بين الادارة والمورد . وحينئذ يترك لهذا الاتفاق تنظيم الآثار التى يولدها ذلك الفسخ ، ويكون دور القاضى مقصورا على تطبيق شروط الاتفاق فى حالة النزاع بين الطرفين .

ثانيا : انقضاء العقد بقوة القانون ، اذا تحققت ظروف معينة تؤدى الى تلك النتيجة ، وأوضح صورها هلاك محل العقد .

ثالثا : الفسخ بحكم القضاء بناء على طلب المورد فى الحالات المعروفة وهى :

(أ) وجود المورد فى حالة قوة قاهرة تحول بينه وبين التنفيذ .

(ب) مخالفة الادارة لالتزاماتها التعاقدية مخالفة جسيمة لا يجدى التعويض فى مواجهتها .

(جـ) اذا عدلت الادارة فى التزامات المورد تعديلات جسيمة على النحو المعروف .

رابعا : انهاء عقد التوريد بقرار من جانب الادارة وذلك :

(أ) أما لخطأ المورد ، لارتكابه عملا من الأعمال التى يرتب المشرع لها جزاء الفسخ ، إما بصورة اعتبارية أو وجوبية .

(ب) واما بدون خطأ ووفقا لمقتضيات الصالح العام .

الفصــل الثانى

التطبيقات القضائية بشأن انقضاء عقود الامتياز ، والأشغال العامة والتوريد طبقا لقضاء المحكمة الادارية العليا

ونبين بعض القواعد المنبثقة عن أحكام المحكمة الادارية العليا فيمايلى :

القاعدة الأولى :

ليس صحيحا في القانون أن سحب الالتزام أو اسقاطه لا يجوز توقيعه الا بحكم المحكمة المختصة :

وتقول المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ١٩٧٧/١٢/٣٠ مايلى[1] :

«ليس صحيحا فى القانون ، أن هذا الجزاء (سحب الالتزام أو اسقاطه) لا يجوز توقيعه الا بحكم من المحكمة المختصة ، اذ أن مانح الالتزام له سلطات عديدة يملك استعمالها فى حالة عدم قيام الملتزم بالوفاء بالتزاماته المفروضة عليه بموجب العقد ، فله - بقرار منه - توقيع الغرامات المنصوص عليها بالعقد أو تنفيذ التزامات الملتزم على حسابه، وكذلك له أن يتخذ ما يراه كفيلا لضمان سير المرفق ، كما يثبت لمانح الالتزام دائما- بجانب هذه الجزاءات- اسقاط الالتزام اذا اختل المرفق اختلالا جزئيا أو كليا أو اذا ارتكب الملتزم مخالفات جسيمة. غاية الأمر أنه يشترط في هذا الصدد توافر شرطين :

أولهما : أن يرتكب الملتزم مخالفات جسيمة أو يتكرر اهماله أو يعجز عن تسييره بانتظام .

وثانيهما : وجوب انذار الملتزم قبل توقيع هذا الجزاء ... ولا يتطلب الأمر حكم من المحكمة المختصة ، بل يكفى فيه قرار من مانح الالتزام ....» وقد سبق لذات المحكمة تقرير هذا المبدأ فى أحكامها السابقة ، كما أن قسم الرأى يعتنق ذات المبدأ .

القاعدة الثانية :

تتمثل فى حكم المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ٦ ابريل سنة ١٩٦٨[2] فى دعوى تتلخص وقائعها فى أن احد الشركات قامت بتنفيذ عملية

---

(١) المحكمة الادارية العليا - حكمها الصادر فى ١٩٧٧/١٢/٣٠ - مجموعة المبادىء القانونية - ص ١٩٢٣ - حكم مطول .

(٢) المحكمة الادارية العليا : حكمها الصادر فى ٦ ابريل سنة ١٩٦٨ - مجموعة المبادىء القانونية - س ١٣ - ص ٧٦٦ .

مجارى لحساب احدى المحافظات ، وبعد أن تم التسليم ظهر بها عيب ترتب عليه هبوط المجارى مما أدى الى ضرورة اصلاحها من جديد ، وكانت البلدية المتعاقدة قد علمت بالعيب ولكنها لم ترفع الدعوى الا بعد ثلاث سنوات من تاريخ العلم بالعيب ، فقررت كل من محكمة القضاء الادارى ، والمحكمة الادارية العليا سقوط حق المحافظة فى رفع الدعوى .

وجاء فى حكم المحكمة الادارية العليا المشار اليه مايلى :

(أ) انطباق المادتين ٦٥١و٦٥٤ من القانون المدنى على هذه الحالة «مادامت لا تتعارض مع روابط القانون العام»(*) .

(ب) «مدة الثلاث سنوات هى مدة تقادم ترد عليها أسباب الانقطاع ، فتنقطع برفع الدعوى الموضوعية ، ولا يكفى لقطعها أن يرفع رب العمل دعوى مستعجلة بطلب تعيين خبير لاثبات حالة البناء وتنقطع أيضا باقرار المقاول أو المهندس بحق رب العمل فى الضمان .

القاعدة الثالثة :

ضرورة التمسك بالدفع بسقوط دعوى الضمان بانقضاء ثلاث سنوات :

وتقول المحكمة فى حكمها الصادر فى ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٧١[1] :

قام أحد المقاولين بانشاء سور كورنيش النيل بمدينة سوهاج ، وسلمه ابتدائيا فى ٢٨ مارس سنة ١٩٥٦ . وبتاريخ ١١ يناير سنة ١٩٥٩ أبلغ أحد المواطنين بتهدم السور . تبين – نتيجة لتحقيق أجرته كلية الهندسة – أن الانهيار يرجع الى عدم

(*) تنص المادة «٦٥١» مدنى على مايلى :

(أ) يضمن المهندس المعمارى والمقاول متضامنين مايحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلى أو جزئى فيما شيدوه من مبان ، أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى ، وذلك ولو كان التهدم ناشئا عن عيب فى الأرض ذاتها ، أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة ما لم يكن المتعاقدان فى هذه الحالة قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات .

(ب) ويشمل الضمان المنصوص عليه فى الفقرة السابقة مايوجد فى المبانى والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته .

(ج) وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل ولا تسرى هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين من الباطن» .

(١) المحكمة الادارية العليا : حكمها الصادر فى ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٧١ – س ١٧ – ص ١٢١ .

مطابقة المكونات للمواصفات . رفعت دعوى التعويض فى ٣ مايو سنة ١٩٦٥ ، فقضت محكمة القضاء الادارى بعدم قبول الدعوى استنادا الى المادة ٦٥٤ مدنى التى تقضى بسقوط دعوى الضمان بانقضاء ثلاث سنوات من تاريخ حصول التهدم أو انكشاف العيب . ولكن المحكمة الادارية العليا ألغت الحكم السابق ، لأن ما تقرره المادة المشار اليها ، هو مجرد تقادم ، تسرى عليه المادة ٣٨٧ من القانون المدنى والتى توجب التمسك بالدفع من قبل صاحب الشأن . وذلك بقولها : «ومن حيث أنه لا مرية لدى هذه المحكمة فى أن مدة السنوات المحددة بالمادة ٦٥٤ من القانون المدنى ، هى تقادم مسقط لا تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها ، ولا تسقط بانقضائها تلقائيا ، وانما يسوغ أن تثار كدفع من جانب المدين أو أحد دائنيه ... وبغير أن يدفع به لا تكون المحكمة فى حل من القضاء بعدم قبول الدعوى ، ويكون تصديها لاسقاط الدعوى من تلقاء نفسها مخالفا للقانون ، طالما لم يقدم لها دفع من ذى الشأن ممن عينتهم المادة ٦٥٤ من القانون المدنى المشار اليها .

القاعدة الرابعة :

إن لائحة المناقصات تتضمن تنظيما كاملا لفحص الأصناف المشتراه طبقا لعقود التوريد بعناية أشد من عناية الرجل العادى .

وتقول المحكمة الادارية العليا مايلى :

«تعاقدت الادارة على توريد ورق «أستنسل» طبقا لعينة محددة ، قدمها المورد وقبلتها الادارة بعد الفحص ، بعد أن تم التوريد وبدأ الاستعمال ، وجدت الادارة أن الصنف المورد لا يطبع الكميات الكافية ، وأن الورق يتمزق بالاستعمال ، فأوقفت دفع باقى الثمن وطالبت المتعهد بأن يورد صنفا أجود . ولما طرح النزاع أمام القضاء الادارى رفضت كل من محكمة القضاء الادارى ، والمحكمة الادارية العليا اعتبار ما اكتشفته الادارة عيبا خفيا . وبعد أن استعرضت المحكمة الادارية العليا حكم المادة ٤٤٧ من القانون المدنى والخاصة بضمان العيوب الخفية وأحكام المواد ١٠٠و١٢٩و١٣١ من لائحة المناقصات والمزايدات «الملغاة

(★) راجع الفقرتين الأولى والثانية من المادة (٤٤٧) مدنى - كما نرى من المفيد مراجعة المواد (٤٤٩) ، (٤٥٠) ، (٤٥١) ، (٤٥٢) ، (٤٥٣) ، (٤٥٤) ، (٤٥٥) وذلك لأننا نرى إمكان الإستفادة بهذه المواد فيما لايتعارض مع طبيعة ونظام الدعوى الادارية .

قالت : أن لائحة المناقصات تضمنت تنظيما كاملا لفحص الاصناف المشتراه ، طبقا لعقود التوريد ، من شأنه أن تتمكن جهة الادارة من التحقق من مطابقة المبيع لشروط العقد ومواصفاته والوفاء بالغرض المقصود منه . ولها على ضوء ما تجريه من تجارب وفحص أن تقرر ، إما قبول الصنف أو رفضه بناء على ما تقرره لجنة الفحص ، واعتماد المصلحة لقرارها . ويكون القرار الصادر فى هذا الشأن نهائيا ، أى يكون ملزما لطرفى العقد . ومن حيث أنه يبين من هذا التنظيم المتكامل الذى نصت عليه لائحة المناقصات أن المشرع أوجب على الجهة الادارية أن تفحص الاصناف الموردة بعناية أشد من عناية الرجل العادى ، ومن حيث أن المطعون ضده قد بصر الجهة الادارية بوجود أكثر من صنف من الأوراق ، وأحاطها علما بسعر كل نوع منها ، فاختارت أقلها سعرا ، ومفروض أن تقنع الجهة الادارية بالنتائج التى يحققها هذا الصنف والتى تتناسب مع سعره»[1] .

القاعدة الخامسة :

سحب الالتزام أو اسقاطه كلاهما يعنى رفع يد الملتزم عن إدارة المرفق .

وتقول المحكمة :

سحب الالتزام أو اسقاطه كلاهما من الألفاظ المرادفة لمعنى واحد هو رفع يد الملتزم عن ادارة المرفق قبل انتهاء مدته لمواجهة المخالفات الجسيمة التى يرتكبها الملتزم مع حق مانح الالتزام فى الاستيلاء على الأدوات اللازمة لادارة المرفق جبرا عن الملتزم ، حق مانح الالتزام فى اسقاط الالتزام اذا أختل المرفق اختلالا جزئيا أو كليا أو اذا ارتكب الملتزم مخالفات جسيمة أو تكرر اهماله ، وجوب انذار الملتزم قبل توقيع هذا الجزاء - ليس صحيحا فى القانون أن هذا الجزاء لا يجوز توقيعه الا بحكم من المحكمة المختصة[2] .

القاعدة السادسة :

اذا لم تقم بالمزايدة احدى الحالات التى تجيز الغاؤها وفقا لأحكام القانون فانه لا يجوز الغاؤها لاعادة المزايدة بقصد الوصول الى ثمن أعلى - القرار الصادر

---

(١) المحكمة الإدارية العليا : حكمها الصادر فى ٢٠ مارس سنة ١٩٧١ س ١٦ ص ١٧٥ .

(٢) المحكمة الادارية العليا : ١١٠ - ١٣ (١٩٧٧/١٢/٣٠) ٢٧/٢٣ .

باعادة المزايدة قرار غير مشروع - التعويض عما رتبه من ضرر وفوته من ربح .

وتقول المحكمـــة :

واذا لم تقم بالمزايدة احدى الحالات التى تجيز الغاؤها وفقا لأحكام القانون فانه ما كان يجوز الغاؤها وعدم الاعتداد بنتيجتها تمهيدا لاعادة المزايدة بقصد الوصول الى ثمن أعلى - بل كان يتعين وفقا لأحكام هذا القانون ولائحة المناقصات والمزايدات (المعدلة بالقانون رقم (٩) لسنة ١٩٨٣) اعتماد ارسائها على المدعى مادام أنه قد تقدم بأفضل العطاءات وقام بالتزامه باكمال التأمين المقدم منه الى ٢٠٪ من قيمة عطائه ويكون القرار الصادر باعادة المزايدة وما ترتب عليه من اجراءات انتهت بارسائها على غير المدعى - مخالفا للقانون - ولاشك فى أن هذا القرار غير مشروع قد ألحق ضررا بالمدعى يتمثل فيما تكبده من نفقات للاشتراك فى المزايدة وما اقتضاه ذلك من قيامه بايداع تأمين وفيما فاته من فرصة الحصول على الربح الذى كان يأمل فى تحقيقه فيما لو تم التعاقد معه والذى قام الدليل على رجحانه برسو المزايدة على غيره بثمن يزيد على قيمة عطائه - وتقدر المحكمة التعويض المستحق بمبلغ ثلاثمائة جنيه[1] .

القاعدة السابعة :

الخطأ العقدى سواء كانت العقود مدنية أو ادارية هو عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد :

وتقول المحكمـــة :

★ من الأمور المسلمة فى العقود كافة ، سواء كانت عقود ادارية أو مدنية ، أن الخطأ العقدى هو عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد أيا كان السبب فى ذلك ، يستوى فى ذلك أن يكون عدم التنفيذ ناشئا عن عمده أو اهماله ، أو فعله دون عمد أو اهمال .

★ وبما أن العقد الذى تستند اليه المنازعة الحالية هو عقد مبرم بين الجهات الادارية المدعى عليها والمدعى للقيام ببناء عقارات لصالح شخص معنوى عام

---

(١) المحكمة الادارية العليا : ٨١٢ - ١٣ (١٩٦٩/٣/١) ٣١٣/٤١/١٤ .

ويقص تحقيق مصلحة عامة فهو عقد أشغال عامة ، ويولد هذا العقد فى مواجهة جهة الادارة التزامات عقدية أخصها أن تمكن المتعاقد معها من البدء فى تنفيذ العمل ، ومن المضى فى تنفيذه حتى يتم انجازه ، فاذا لم تقم بهذا الالتزام فان هذا يكون خطأ عقديا فى جانبها يخول المدعى الحق فى أن يطلب التعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء عدم قيام جهة الادارة بالتزامها أو من جراء تأخرها فى القيام به[1] .

●●●

---

(١) المحكمة الادارية العليا : ١٣٢٠ / ١٣٤٠ - ١٢ (١٩٦٩/٢/١.٥) ٣٧٤/٤٨/١٤ .

وبمناسبة هذا الحكم يجدر بنا أن نشير إلى أن الفقرة الأولى من المادة (١٥٧) مدنى تنص على مايلى :

«فى العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتض» .

الباب الرابع عشر

أهم الفتاوى الصادرة عن الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة فى شأن العقود الادارية والتعويضات

البـاب الـرابع عشـر

أهم الفتاوى الصادرة عن الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة فى شأن العقود الادارية والتعويضات

القاعدة الأولى :

مدى أحقية الجهاز المركزى للمحاسبات فى الاعتراض على العقد المبرم بين أكاديمية البحث العلمى والتكنولوجيا والهيئة المصرية العامة للسينما والمسرح والموسيقى بالترخيص للهيئة باستغلال الصالة الكائنة بمبنى الاكاديمية كدار للعروض السينمائية والمسرحية .

وجاء بفتوى الجمعية العمومية مايلى :

من حيث أنه يبين من نصوص العقد الماثل أنه لايؤدى الى اهدار مبدأ تخصيص الأهداف التى تقوم الاكاديمية على تحقيقها اذ بمقتضاه يقع على عاتق الهيئة العامة للسينما اعداد وتجهيز صالة العرض وتحمل كافة التكاليف فى مقابل استغلال الصالة لمدة ثلاثين عاما ترد بعدها الى الاكاديمية التى يحق لها استخدام الصالة أثناء مدة العقد فى أغراضها بما يتفق مع حق الاستغلال المقرر بموجب العقد للهيئة ومن ثم فان هذا العقد يعد من اتفاقات تبادل المنافع بين الجهات الادارية .

ولما كانت المادة ١٤٧ من القانون المدنى تنص على أن «العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون ....» وكانت المادة ١٤٨ من ذات القانون تنص على أنه «يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية .....» واذ تتفق أحكام هاتين المادتين مع طبيعة روابط القانون العام فانها تعد جزءا من أحكام القانون الادارى ومن ثم فان تطبيقها فى الحالة الماثلة يوجب تنفيذ العقد المعروض وفقا لما تلاقت عليه ارادة طرفيه ولا يجوز النظر الى هذا العقد على أنه عقد ايجار وبالتالى لا يستقيم اعتراض الجهاز المركزى للمحاسبات عليه ، بيد أنه لما كان العقد الماثل يعد فى التكييف القانونى الصحيح من عقود

تبادل المنافع بين الجهات الادارية فان حق هيئة السينما والمسرح فى التنازل للغير عن استغلال الصالة يتقيد بطبيعة هذا العقد وبالصفة العامة لأطرافه ومن ثم لا يجوز للهيئة أن تجرى هذا التنازل الا لجهة عامة أخرى .

لذلك انتهت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع الى الموافقة على العقد فى الحدود المشار اليها بالفتوى[1] .

القاعدة الثانية :

مدى أحقية المقاول فى صرف فروق أسعار مواد البناء فى حالة عدم تحفظه بشأن زيادة الأسعار :

وجاء بفتوى الجمعية العمومية مايلى :

من حيث أن حقوق المتعاقد تتحدد أصلا طبقا لنصوص العقد فيتعين تنفيذه وفقا لما اشتمل عليه وأن الأسعار المتفق عليها تقيد طرفى العقد كأصل عام فلا يجوز للمقاول أن يطالب بزيادة على أساس ما يطرأ عليها من زيادة .

واذا كانت المادة العاشرة من لائحة المناقصات والمزايدات قد أجازت النص فى العقود على تعديل الأسعار المتعاقد عليها بنسبة ما قد يطرأ عليها أثناء التنفيذ من ارتفاع ، فان هذا الحكم لا يجد مجالا لاعماله فى الحالة الماثلة اذ لا يتضمن العقد نصا بمحاسبة المقاول على الزيادة فى الأسعار .

ولا يغير مما تقدم أن المادة الثانية من القانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٠ الخاص بشئون التسعير الجبرى وتحديد الأرباح تقضى بسريان جداول الأسعار وقرارات تحسين الأرباح على السلع التى يتم تسليمها بعد تاريخ العمل بهذه الجداول أو القرارات تنفيذا لتعهدات أبرمت قبل هذا التاريخ ذلك لأن مجال اعمال هذا الحكم انما يقتصر على العقود التى يقف تعهد المتعاقد فيها عند حد تقديم السلعة دون تدخل منه بالاضافة أو التغيير كما هو الحال فى عقود التوريد وتبعا لذلك تخرج عقود المقاولة من نطاق تطبيقه باعتبار أن عناصر العقد لا تشتمل على مجرد تقديم المواد وانما تتضمن تدخل المقاول بتحويلها وتصنيعها وتركيبها بما يتفق وطبيعة العملية المسندة اليه .

---

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع - جلسة ١٩٨٢/٤٧ - ملف رقم ٧/١٤/٥٤ .

لذلك انتهت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع الى عدم أحقية المقاول فى الحالة المعروضة فى صرف فروق أسعار مواد البناء التى يطالب بها[1] .

القاعدة الثالثة :

مدى جواز تخفيض مستحقات المقاول المتعاقد مع جهة الادارة فى حالة انخفاض الأسعار الجبرية للحديد والأسمنت عن تلك التى تم التعاقد فى ظلها :

وجاء بفتوى الجمعية العمومية مايلى :

من حيث أن حقوق المتعاقد تتحدد أصلا طبقا لنصوص العقد فيتعين تنفيذه وفقا لما إشتمل عليه وبما يتفق وحسن النية وأن الأسعار المتفق عليها تقيد طرفى العقد كأصل عام فلا يجوز للادارة أن تخفض مستحقات المقاول على أساس ما يطرأ عليها من انخفاض .

واذا كانت المادة العاشرة من لائحة المناقصات والمزايدات قد أجازت النص فى العقود على تعديل الأسعار المتعاقد عليها بنسبة ما قد يطرأ أثناء التنفيذ على الأسعار من ارتفاع وكانت قد أوجبت فى ذات الوقت النص على حد أقصى لنسبة الزيادة مع حفظ حق الادارة فى الافادة مما قد تتعرض له الأسعار من خفض فان هذا الحكم لا يجد مجالا لاعماله فى الحالة الماثلة اذ لم يتضمن العقد نصا بمحاسبة المقاول على الزيادة فى الأسعار حتى يكون للادارة أن تفيد من خفضها وقد استبعد العقد تطبيقه صراحة بأن نص فى البند ١٧ من شروط المقايسة على أن «لاتلتزم المديرية بصرف فروق أسعار مواد البناء مهما ارتفعت أسعارها وعلى المقاول دراسة المقايسة ووضع المعاينة على هذا الأساس» ومن ثم يكون العقد قد تضمن تثبيتا للأسعار الواردة فى العطاء المقدم من المقاول اعتبارا من تاريخ تقديم العطاء حتى الانتهاء من تنفيذ العملية المسندة اليه ، الأمر الذى لا يجوز معه للادارة أن تحتج بانخفاض الأسعار لانتقاص مستحقاته .

ولايغير مما تقدم أن المادة الثامنة من القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٠ الخاص بشئون التسعير الجبرى وتحديد الأرباح قضت بسريان جداول الأسعار وقرارات

---

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع - جلسة ١٩٨٢/٦/١٦ - ملف رقم ١١/٢/٧٨ .

تعيين الأرباح على السلع التى يتم تسليمها بعد تاريخ العمل بهذه الجداول أو القرارات تنفيذا لتعهدات أبرمت قبل ذلك التاريخ ذلك لأن مجال اعمال هذا الحكم انما يقتصر على العقود التى يقف تعهد المتعاقد فيها عند حد تقديم السلعة دون تدخل منه بالاضافة أو التغيير كما هو الحال فى عقود التوريد ، وتبعا لذلك تخرج عقود المقاولة من نطاق تطبيقة باعتبار أن عناصر العقد لا تشتمل فقط على مجرد تقديم المواد وانما تضمن تدخل المقاول بتحويلها وتصنيعها وتركيبها بما يتفق وطبيعة العملية المسندة اليه .

لذلك انتهت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع الى التزام الجهة الادارية بتنفيذ نصوص العقد دون اجراء أى تخفيض فى مستحقات المقاول .

القاعدة الرابعة :

الشراء على حساب المتعاقد مع جهة الادارة فى حالة المقاول المقصر فى تنفيذ التزامه بالتوريد :

وجاء بفتوى الجمعية العمومية مايلى :

من حيث أن مفاد نص المادة ١٠٥ من لائحة المناقصات والمزايدات أن من حق جهة الادارة عند اخلال المتعاقد معها بتعهده بالتوريد أن تقوم بشراء الاصناف التى لم يقم بتوريدها على حسابه بما يتضمنه ذلك من التزامه بأداء الزيادة فى قيمة الثمن عند الشراء على حسابه مضافا اليها الغرامة التأخيرية والمصاريف التى تكبدتها جهة الادارة فى سبيل اعادة الشراء على حسابه .

من حيث أنه وفقا لما استقر عليه قضاء المحكمة الادارية العليا فان التنفيذ على حساب المتعاقد المقصر لا يستتبع مطالبته بالمصاريف الادارية الا اذا ثبت أن جهة الادارة قد تحملت خسائر أو لحقها أضرار نتيجة للتنفيذ على حسابه ، فاذا مااقتصرت جهة الادارة المتعاقدة على اخطار صاحب العطاء التالى بتنفيذ العملية فلاوجه للمطالبة بالمصاريف الادارية فى هذه الحالة .

ومن حيث أن الثابت من الأوراق أن مديرية الاسكان والتعمير بالاسكندرية قد تعاقدت مع المؤسسة المصرية العامة للتعاون الانتاجى والصناعات الصغيرة (وحدة الصيانة والانتاج بطنطا) على توريد عدد ٢٣٢ تريسكل فقامت المؤسسة المذكورة بتوريد مائة وخمسين ولم تقم بتوريد باقى الكمية وبناء على ذلك قامت مديرية

الاسكان بشراء الكمية الباقية عن طريق زيادة الكمية التى قد تعاقدت على شرائها مع مركز التدريب المهنى بدمنهور ونتج عن ذلك زيادة فى السعر مقدارها ٢٠٠ مليم ، ٤١٨ جنيه ومن ثم يتعين الزام محافظة الغربية التى آلت اليها ملكية المؤسسة المذكورة بهذه الزيادة فى الثمن الناتجة عن الشراء على حسابها مضافا اليها غرامة تأخيرية بنسبة ٤٪ من قيمة الكمية المذكورة وتقدر بمبلغ ٥١٢ مليم ، ٩١ جنيه . ولا وجه للمطالبة بالمصاريف الادارية لأن المديرية اقتصرت عند شرائها لهذه الكمية على اخطار صاحب العطاء التالى بزيادة الكمية المتعاقد عليها بمقدارها(١) .

القاعدة الخامسة :

مدى أحقية شركة المقاولين العرب وشركتين فرنسيتين فى الاعتراض على حذف أحد بنود العقد الخاص بانشاء المنطقة الانتهائية رقم ٢ بميناء القاهرة الجوى خلال مراجعه اللجنة الثانية لقسم الفتوى بمجلس الدولة :

وجاء بفتوى الجمعية العمومية مايلى :

تخلص وقائع هذا الموضوع فى أن اللجنة الثانية لقسم الفتوى بمجلس الدولة انتهت بجلستها المنعقدة بتاريخ ١٩٨٠/٥/١٩ من مراجعة الشروط العامة لعملية انشاء المنطقة الانتهائية رقم ٢ بميناء القاهرة وبعدها طرحت الهيئة هذه العملية فى مناقصة محدودة فضت مظاريفها بتاريخ ١٩٨٠/٩/١٥ وكانت شركة المقاولون العرب متضامنة مع شركتين فرنسيتين ضمن المتقدمين لها - وبناء على قرار مجلس ادارة الهيئة الرقيم ٤٢٠/س/٤٢ بتاريخ ١٩٨١/١/٥ تم تحويل هذه المناقصة المحدودة الى ممارسة ثم عقدت جلسات ممارسة تحرر فيها المحضر المؤرخ ١٩٨١/١/٢٠ - والمحضر المؤرخ ١٩٨١/١/٢٢ وقد ورد بالمحضر الأول ما يفيد موافقة ممثلوا

(١) فتوى الجمعية العمومية جلسة ١٩٨٢/١٠/٢٠ - ملف رقم ٨٨٥/٢/٣٢ .

★ مما تجد الاشارة إليه أن المحكمة الادارية العليا قضت فى القضية رقم ٧١٠ لسنة ١٦ القضائية بأن الشراء على حساب المتعهد المقصر الاصناف التى قصر المتعهد فى توريدها ، وإذا اقتضت المصلحة العامة قبول صنف يختلف فى جودة الصنف زيادة أو نقصا وتحاسب المتعهد على فرق الجودة باعتبار أن هذا العنصر يمثل ضرر لحق على سبيل اليقين بالمصلحة العامة ، بسبب نكول المتعهد عن تنفيذ إلتزامه ، وإنتهى الحكم إلى أنه يتعين أن يسأل المتعهد عن الضرر الذى لحق بالادارة متمثلا فى فرق السعر وملحقاته من المصاريف الادارية .

الشركات الثلاث على الغاء جميع التحفظات الواردة بعرضهم والمقدم فى ١٩٨١/٩/١٥ والموافقة على الشروط العامة للهيئة . وبتاريخ ١٩٨١/٣/٢ أخطرت الهيئة - بموجب اخطار قبول عطاء - الشركات الثلاث متضامنة فى قبول عطائها وتم توقيع العقد بالفعل بتاريخ ١٩٨١/٤/٢٨ بين الهيئة (طرف أول) والشركات الثلاث (طرف ثان) مع ارتضاء الطرفين بأية تعديلات يرى مجلس الدولة ادخالها عليه طالما لم يترتب عليها أعباء مالية أخرى غير تلك المنصوص عليها فيه . وعند مراجعة العقد تبين للجنة الثانية لقسم الفتوى بمجلس الدولة أن البند ٦ من العقد يتعارض مع المادة ٦١ من الشروط العامة وأن التعارض بينهما ينصب على أن المقاول اذا تأخر فى اتمام الأعمال خلال المدة المحددة له فأنه يلتزم وفقا للشروط العامة بأداء الغرامة بالنسب والأوضاع الواردة به من قيمة الأعمال المتأخرة فقط . لذلك فقد انتهت اللجنة بجلستها المنعقدة بتاريخ ١٩٨١/٥/١٦ الى حذف البند ٦ من العقد لتعارضه مع المادة ٦١ من الشروط العامة ولم يرق ذلك لشركة المقاولين العرب والشركتين الفرنسيتين فاعترضوا لدى الهيئة (الطرف الأول) التى طلبت اعادة عرض الموضوع على اللجنة الثانية وقد تم ذلك حيث أنتهت الى تأييد قرارها السابق فى هذا الشأن .

ولدى عرض الموضوع على الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع استبان لها أن المقاول تقدم الى هيئة ميناء القاهرة الجوى لتنفيذ العملية المشار اليها طبقا للشروط العامة ثم جرت الممارسة معه فأسقط كافة التحفظات الصادرة منه وارتضى تنفيذ العملية على أساس الشروط العامة وقبلت الجهة الادارية هذا الايجاب ، لذلك يكون قد تم التعاقد بينهما وفقا لما تقدم ولا يجوز للجهة الادارية أن تعدل فى شروط التعاقد بعد ذلك سواء بما يفيد المقاول أو بما لا يفيده وتبعا لذلك يكون ما نص عليه البند السادس من العقد اضافة لشروط التعاقد الذى تم ولا أساس له من القانون .

لذلك انتهت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع الى تأييد اعتراض اللجنة الثانية بقسم الفتوى بمجلس الدولة على البند السادس من العقد[1] .

---

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع جلسة ١٩٨٢/١٠/٢٠ - ملف رقم ٢٣٢/٢/٣٧ .

القاعدة السادسة :

تحديد استحقاقات مقاول عملية انشاء وتجهيز المبنى الجديد رقم ٢ بميناء القاهرة الجوى عن توريد وتنفيذ أعمال التكييف بالمبنى :

وجاء بفتوى الجمعية العمومية مايلى :

من حيث أن العرض المقدم من المقاول فى الحالة المعروضة لم يتضمن حلا أصليا وحلا بديلا للتكييف بل اشتمل على حل واحد حدد تكلفته ، أى أن الممارسة الخاصة بالعملية المشار اليها تمت على أساس السعر الاجمالى للعملية دون نظر الى توزيعه على فئات بنود الأعمال والأقسام المختلفة ، وتم التعاقد مع المقاول المقبول عطاؤه على هذا الأساس وبناء على طلب الهيئة قام المقاول بتوزيع القيمة الاجمالية على الأقسام المختلفة وعددها تسعة وخمسون قسما وبتجميع كشوف التوزيع اتضح مطابقتها للسعر الاجمالى المتعاقد على أساسه الا أنه لوحظ أنه وضع سعرين لكل من الحل الأصلى والحل البديل فى القسم الرابع عشر ، وجمعها لتكوين مجموع هذا القسم ، وباستيضاح الهيئة له فى ذلك أفاد أنه حدث خطأ فى تغذية الحاسب الالكترونى أدى الى هذه النتيجة .

ومن حيث أن مفاد ما تقدم أن إرادة الطرفين انصرفت أساسا الى التعويل على السعر الاجمالى للعملية ، وأن نتيجة توزيع هذا السعر على الأقسام المختلفة وان تضمنت لبسا فيما يتعلق بأحد الأقسام ، فان ذلك مرده الى خطأ مادى واجب التصحيح وليس ثمة ما يحول قانونا دون تصويبه ، ذلك أن عملية التوزيع سواء أكانت مشوبة فى احدى جزئياتها ببعض الأخطاء لم يعتريها أى لبس ، فان ذلك لايؤثر فى كون الممارسة تمت على أساس سعر اجمالى للعملية وأن الهيئة قبلت عطاء المقاول المذكور على أساس هذا السعر الاجمالى الذى تتحدد وفقا له استحقاقاته .

لذلك انتهى رأى الجمعية العمومية الى أن استحقاقات المقاول فى الحالة الماثلة تتحدد على أساس اجمالى قيمة عطائه المقبول من الهيئة وأن ماورد فى كشوف توزيع السعر الاجمالى للعملية بالنسبة للقسم ١٤ منها يرجع الى خطأ مادى واجب التصويب[١] .

تعليق :

نرى أن ماجاء بهذه الفتوى هو تطبيق صحيح لنص المادة «١٢٣» مدنى والتى تنص على أنه «لايؤثر فى صحة العقد مجرد الغلط فى الحساب ولا غلطات القلم ،

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع جلسة ١٨/٥/٨٣ – ملف رقم ١٢/٢/٧٨ .

ولكن يجب تصحيح الغلط» - غير أننا نرى أن الغلط الذى يبطل العقد هو الغلط الجوهرى ، ويكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد من إبرام العقد لو لم يقع فى هذا الغلط ، ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع فى صفة للشىء تكون جوهرية فى إعتبار المتعاقدين أو إذا وقع فى ذات التعاقد أو فى صفة رئيسية من صفاته (المادة «١٢٠ ، ١٢١») .

كما يجوز إبطال العقد للتدليس طبقا للمادة (١٢٥) مدنى ونرى أن العقد يكون قابلا للإبطال إذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع طبقا لصحيح المادة (١٢٢) من ذات القانون .

القاعدة السابعة :

فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشارى بمجلس الدولة فى شأن الفسخ بقوة القانون وما قد يترتب عليه من تعويض :

وجاء بالفتوى مايلى :

★ من أوضح الأمثلة على هذه الطريقة حالة القوة القاهرة ، اذا أدت الى تدمير محل المرفق الذى يدار عن طريق الامتياز ، وكذلك اذا تضمن العقد نصا بمقتضاه أنه ينتهى فى حالة وفاة الملتزم ، اذا تحقق هذا الشرط ، أو أن يصدر قرار بحل الشركة الملتزمة ، ومن قبيل ذلك أيضا صدور قانون يتضمن فسخ عقود الالتزام الخاصة بمرفق معين يدار بطريق الامتياز .

★ وهنا يتولى القانون تنظيم طريقة تعويض الملتزم القديم .

★ ونجد تطبيقا هاما لهذه الحالة فى فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشارى بمجلس الدولة[1] ، فقد صدرت بمناسبة صدور القانون رقم ١٢٣ لسنة ١٩٦١ باسقاط التزام مرفق ترام القاهرة وقضى بايلولته لادارة النقل العام لمدينة القاهرة :

فقالت الفتوى :

«ان المؤسسة ترث المرفق بحالته وقت اسقاط الالتزام . ولما كان المرفق المشار اليه قد اقترض قبل صدور قانون الاسقاط بضمان المجلس البلدى ، فان الفتوى انتهت الى أن «تحل المؤسسة محل المجلس البلدى فى كل ما يتعلق بالمرفق . ولا يكون للمؤسسة مصلحة جدية فى الاعتراض على سداد أقساط القرض ، لأن هذا السداد سيتم من ضمن أموال المرفق» .

---

(١) فتوى الجمعية العمومية الصادرة فى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٦٤ - س ١٩ ص ١٢٨ .

محتويات الكتاب

الفهـرس التحليـلى

الأصول العامة والتطبيقات العملية للعقود الادارية والتعويضات مع القواعد انقانونية وأحكام المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة و الأحكام الحديثة لمحكمة النقض

الموضــوع	الصفحــة

الموضـوع	الصفحة

الموضــوع	الصفحة

الموضـوع	الصفحـة

الموضـوع | الصفحـة

الموضــوع	الصفحة

الموضــوع	الصفحة

الموضــوع	الصفحة

الموضـوع | الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضـوع	الصفحـة

الموضـوع	الصفحـة

الموضــوع	الصفحــة

الموضــوع	الصفحــة
القاعدة الأولى :	
الاستحالة الناشئة عن سبب أجنبى ينقضى بها أصلا الالتزام ، والشروط الواجب توافرها فى السبب الأجنبى	٢٦٣
القاعدة الثانية :	
الشروط الواجب توافرها فى السبب الأجنبى ، والقوة القاهرة ، وأثر امكان توقع الحادث الذى يعتبر قوة قاهرة	٢٦٣
الباب العاشر :	
بعض قواعد التعويض طبقا لاحكام النقض المدنى ، ومدى استلهام المحكمة الادارية العليا لبعضها ، والمبادىء القضائية المتعلقة بذلك	٢٦٥
الفصل الأول :	
التعويض فى ظل نصوص القانون المدنى ، ولما استقرت عليه أحكام النقض	٢٦٨
★ ويتناول المسائل التالية :	
(أولا) : النصوص القانونية	٢٦٨
(ثانيا) : تقدير التعويض	٢٦٨
(ثالثا) : مقياس التعويض	٢٦٩
(رابعا) : الظروف الملابسة التى من شأنها أن تؤثر فى تقرير التعويض	٢٧٠
(خامسا) : الحكم للدائن بتعويض تكميلى	٢٧٠
(سادسا) : التعويض فى حالة فسخ العقد ، وفى حالة الضرر المتغير ، ومدى التمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد	٢٧١
(سابعا) : تقدير التعويض الذى يحكم به القاضى المدنى كلما كان الضرر متغيرا . لا كما كان عند وقوع الضرر . بل كلما صار اليه عند الحكم	٢٧٢

الموضـوع	الصفحـة

الصفحة | الموضوع

الموضـوع	الصفحـة

الموضـوع	الصفحـة

الموضـوع	الصفحـة

الموضـوع	الصفحـة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

● ● ●

«بسم الله الرحمن الرحيم»

التعريف بالمؤلف وبانتاجه العلمى

أولا : المؤهلات العلمية :

١ – درجة الدكتوراه فى الحقوق من جامعة القاهرة بتقدير « جيد جدا » عام ١٩٧١ .

٢ – عضو منتخب بالمعهد الملكى للادارة العامة بلندن .

٣ – دبلوم الدراسات العليا فى العلوم الادارية من جامعة القاهرة عام ١٩٦٤ .

٤ – دبلوم الدراسات العليا في القانون العام من جامعة القاهرة عام ١٩٦٠ .

ثانيا : المؤلفات والبحوث العلمية :

(أ)المؤلفات :

١ – كتاب القيادة الادارية « دراسة تمزج بين الادارة العامة والقانون الادارى » ، ١٩٧١ ، (نفذ وتحت الطبع) .

٢ – المؤسسات العامة الاقتصادية فى الدول العربية ، ١٩٧٨ ، بالمكتبات الكبرى .

٣ – مذكرات فى القانون الادارى لطلبة الليسانس والدكتوراه بحقوق الجزائر ، ١٩٧٢ ، .

٤ – كتاب الادارة العامة والتنظيم الادارى بالجزائر ، ١٩٧٥ ، الناشر مؤسسة الاسناد بالجزائر العاصمة .

٥ – كتاب السلوك الادارى ، ١٩٨١ ، بالمكتبات الكبرى بالقاهرة .
(نفذ وتحت الطبع) .

٦ – مذكرات بالاستنسل فى الادارة الاسلامية والمعاصرة لطلبة قسم الدكتوراه ، بكلية الشريعة والقانون بجامعة الازهر بالقاهرة ، ١٩٧١ ، .

٧ – كتاب قضاء مجلس الدولة واجراءات وصيغ الدعاوى الادارية طبعة (١٩٨٧ – ١٩٨٨) واعيد طبعة عام (١٩٩٣) .

٨ – موسوعة القضاء التأديبى وطرق الطعن فى الأحكام أمام المحكمة الادارية العليا والحديث فى الفتاوى والأحكام التأديبية – وصيغ الدعاوى الإدارية والتأديبية وتحتوى على ثلاثة كتب وهى :

الكتاب الأول : المحاكمات التأديبية وطرق الطعن فى الأحكام أمام المحكمة الادارية العليا .

الكتاب الثاني : الحديث فى الفتاوى والأحكام التأديبية .
الكتاب الثالث : صيغ الدعاوى الادارية والتأديبية مزودة بالأحكام .

٩ - موسوعة القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ وإشكالاته مع الأحكام والصيغ القانونية أمام القضاء العادى . (١٩٩١) .
١٠ - دعوى الالغاء ووقف تنفيذ القرار الادارى وقضاء التنفيذ وإشكالاته والصيغ القانونية أمام مجلس الدولة مع المبادىء العامة للقضاء المستعجل . (١٩٩٣) .

(ب) البحوث العلمية المنشورة بدوريات الدول العربية ومراكز البحوث (باللغتين العربية والانجليزية) .
١ - بحوث منشورة بدوريات المنظمة العربية للعلوم الادارية بالقاهرة ومنها :
★ القيادة الادارية ، ١٩٧٢ ، .
★ الادارة العامة في الجزائر ، ١٩٧٥ ، .
٢ - بحوث منشورة بمجلة المركز القومي للاستشارات والتطوير الادارى ببغداد :
★ دراسة الاتجاهات وأهميتها فى تحقيق أهداف الادارة ، العدد ١٤ - ١٩٨٠ ، .
★ الادراك وعملية التشغيل المركزى للمعلومات ، العدد الثالث عشر - ١٩٨٠ ، .

٣ - بحوث منشورة بمجلة المدرسة العليا للشرطة بالجزائر :
عدة بحوث متعلقة بالضبط الادارى ، وجمع الاستدلالات ، والقرار الادارى فى المحيط الشرطى .

٤ - بحث منشور باللغة الانجليزية ، ومقدم لبرامج المعونة الفنية بالامم المتحدة من خلال مركز التنمية الصناعية التابع للجامعة العربية ، عام ١٩٧١ ، بعنوان :
« The organization and operation of industrial development »
وقد نال المؤلف جائزة تقديرية عن هذا البحث المبتكر .

مكتب المؤلف :
عمارة برج الحدائق - حدائق المعادى
٤ شارع ١٦٣ خلف مستشفى القوات المسلحة ت ٣٥١٩١١٧

رقم الإيداع بدار الكتب

٨٠٧٧

ناس

ت : ٣٩٢٥٣٧٦


Bibliotheca Alexandrina
0647976